

UNIVERSITÉ DE CAEN. — FACULTÉ DE DROIT

ÉTUDE HISTORIQUE
SUR
L'INSTITUTION CONTRACTUELLE

THÈSE POUR LE DOCTORAT

SOUTENUE LE 17 AVRIL 1902

DEVANT LA FACULTÉ DE DROIT DE CAEN

PAR

FLAVIEN MAURY



ANGERS
IMPRIMERIE A. BURDIN ET C^{ie}
4, RUE GARNIER, 4

—
1902



Digitized by the Internet Archive
in 2026

ÉTUDE HISTORIQUE
SUR
L'INSTITUTION CONTRACTUELLE

JURY D'EXAMEN

MM. LAISNÉ DES HAYES, *professeur, président.*
DEBRAY, *professeur*
GÉNESTAL DU CHAUMEIL, *agrégé* } *assesseurs.*

UNIVERSITÉ DE CAEN. — FACULTÉ DE DROIT

ÉTUDE HISTORIQUE
SUR
L'INSTITUTION CONTRACTUELLE

—*—
THÈSE POUR LE DOCTORAT

SOUTENUE LE 17 AVRIL 1902

DEVANT LA FACULTÉ DE DROIT DE CAEN

PAR

FLAVIEN MAURY



ANGERS

IMPRIMERIE A. BURDIN ET C^{ie}

4, RUE GARNIER, 4

—
1902

UNIVERSITÉ DE CAEN. — FACULTÉ DE DROIT

Année scolaire 1901-1902

DOYEN :

M. EDMOND VILLEY (*, I, *), correspondant de l'Institut, membre du Conseil supérieur de l'Instruction publique.

PROFESSEURS :

MM. DANJON (I. *), assesseur du doyen, professeur de *Droit commercial* chargé du cours de *Droit maritime*.

EDMOND VILLEY (*, I. *), professeur d'*Economie politique*, chargé des cours de *Droit constitutionnel comparé* et de *Législation financière*.

LAISNE DES HAYES (A. *), professeur de *Droit romain*, chargé d'un cours de *Droit civil*.

GUILLOUARD (*, I. *, C. *, G. O. *, C. I. C. *, O. *, L. *), professeur de *Droit civil*.

LEBRET (I. *), professeur de *Droit civil*, député du Calvados, ancien Ministre de la Justice.

CABOUAT (I. *), professeur de *Droit international public et privé* et de *Législation industrielle*.

BIVILLE (A. *), professeur de *Procédure civile* et chargé d'un cours de *Droit administratif*.

DEBRAY, professeur de *Droit romain*, chargé des cours de *Pandectes* et d'*Histoire du droit français*.

LE FUR, professeur de *Droit administratif* et chargé du cours d'*Eléments du droit constitutionnel*.

AGRÉGÉS :

MM. RENÉ WORMS (I. *, C. *), chargé des cours d'*Economie politique* et d'*Histoire des Doctrines économiques*.

ASTOUL, chargé d'un cours de *Droit romain* et du cours sur la *Coutume de Normandie*.

DEGOIS, chargé du cours de *Droit criminel* et du cours de *Droit civil approfondi et comparé*.

PILON, chargé d'un cours de *Droit civil*.

GENESTAL DU CHAUMELL, chargé des cours d'*Histoire générale du Droit français* et d'*Histoire du Droit public français*.

SECRÉTAIRE :

M. GILLET (I. *), secrétaire de l'Université de Caen.

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

INDEX BIBLIOGRAPHIQUE

A. — Droit romain.

- Accarias**, *Précis de droit romain*, Paris, 1874, t. I, chap. *Des formes du testament*.
- Bonjean**, *Explication méthodique des Institutes*, Paris, 1880, II^e partie, section 1^{re}, chap. 1^{er}, art. 1, § 1.
- Codex Theodosianus*, liv. II, tit. XXIV.
- Corpus juris civilis academicum*, édit. Freiesleben, Coloniae Munatianaë, 1789, Digeste, loi 13 *de donat. causa mort.*; loi 61, *de verbor. obligat.*; — Code, *de pactis*, lois 15, 19 et 30; loi 3 *de collation.*; loi 5 *de pact. convent.*; — Livre des Fiefs, liv. II, titre XXVIII et XXIX.
- Demangeat**, *Cours élémentaire de droit romain*, Paris, 1866, t. I, chap. *Des formes du testament*.
- Girard**, *Manuel de droit romain*, Paris, 1898, liv. III, v, tit. 1^{er}, chap. I, sect. 1^{re}.
- Ortolan**, *Explication historique des Institutes*, Paris, 1840, t. I, liv. II, tit. X.

B. — Droit barbare et féodal.

- Albert**, *La liberté de tester*, Paris, 1895, IV^e part., chap. III, sect. 2, p. 416 et suiv.
- Anouilh**, *De l'institution contractuelle dans l'ancien droit français et le code Napoléon*. Paris, 1860.
- Auffroy**, *Evolution du testament en France, des origines au XIII^e siècle*, Paris, 1899, I^{re} partie, tit. II, chap. I, II et III;

- II^e part., tit. I, chap. II; tit. II, chap. I et III; — III^e part., tit. I, chap. II et IV; — IV^e part., tit. I, chap. IV.
- Baluze**, *Capitularia regum Francorum*, Paris, 1667, Capit. de 803 *legib. addit.*; Capit. de 803 *de lege ripuar.*; capit. de 819 *legi sal. addit.*
- Beaumanoir**, *Coutumes de Beauvoisis*, édit. Beugnot, Paris, 1842, chap. XII, n^{os} 3, 17, 18 et 45.
- Behrend**, *Loi salique*, Weimar, 1897, chap. XLVI, XLVIII et LXII.
- Beseler**, *Die Lehre von den Erbverträgen*, Göttingen, 1835, t. I, p. 48 et suiv., p. 101, 102, 105 et 106.
- Beugnot**, *Les Olim*. Paris, 1839-1848, t. I, p. 561; t. II, p. 96; t. III, p. 411; t. IV, p. 728 et 1430.
- De Broussillon**, *Cartulaire de l'abbaye de Saint-Aubin d'Angers*, Angers, 1896, t. I, n^{os} 45, 136 et 188.
- Bruel**, *Cartulaire de Cluny*, Paris, 1876-1894, n^{os} 119, 127, 491, 738, 1311, 1520, 2974, 3535, 3672, 3755, 3765, 4020, 4205 et 4260.
- Brunner**, *Forschungen zur Geschichte des deutschen und französischen Rechtes*, Stuttgart, 1894, p. 611 et suiv.
- *Zur Rechtsgeschichte der römischen und germanischen Urkunde*, Berlin, 1880, p. 288.
- Bulletin du Comité des travaux historiques et scientifiques*. section d'histoire et philologie, année 1884, n^o 12; *archives de l'Yonne*.
- Dom Calmet**, *Histoire ecclésiastique et civile de Lorraine*, Nancy, 1728. *Preuves*, t. II, colonnes 448 et 513.
- Du Cange**, *Glossarium mediæ et infimæ latinitatis*, Paris, 1733, *passim* et notam. aux mots *affatomia*, *beudum*, *festuca*, *laisus*, *malbergium*, *mallum*, *morganatica*, *morgengab*, *pulta*, *tonginus* et *salamannus*.
- Canciani**, *Leges barbarorum*, Venise, 1781, leg. longobard. : *ed. Roth.*, cap. CLVII et CLXVIII ad CLXXVI; *lex Liutpr.*, cap. CV.
- De Courson**, *Cartulaire de l'abbaye de Redon*, Paris, 1863, n^{os} 68, 295, 308, 320, 310, 372 et 389.
- Daresté**, *Compte rendu sur un ouvrage de M. Thonissen consacré à l'étude de l'organisation judiciaire dans la loi salique*. *Journal des Savants*, année 1883.

- Decretales Gregorii noni*, Paris, 1612, lib. XIII, tit. XXVI.
- Esmein**, *Cours élémentaire d'histoire du droit français*, Paris, 1892, 1^{re} part. chap. III, sect. 1, § 5, n° 2.
- D'Espinay**, *La féodalité et le droit civil français*, Saumur, 1861, liv. II, chap. XI; liv. III, chap. VIII.
- *Les cartulaires angevins*, Angers, 1864, chap. XI.
- P. de Fontaines**, *Conseil à un ami*, édit. Marnier, Paris, 1846, chap. xv, § 7; chap. XXXIII, § 3; chap. XXXIV, § 3.
- Glasson**, *Histoire du droit et des institutions de la France*, Paris, 1887-1896, t. II, III^e part., introd., §§ 7, 8 et 9; chap. II, §§ 20 à 24; chap. v, §§ 48 et 49; — t. III, III^e part., chap. VI, §§ 17 à 20; — t. IV, IV^e part., chap. II, § 4.
- Le droit de succession dans les lois barbares*, Nouvelle revue historique, t. IX, année 1885.
- Gregorii Turonensis episcopi** *Historiæ Francorum libri decem*; Paris, 1610, lib. VII, cap. XXXIII.
- Guérard**, *Cartulaire de l'abbaye de Saint-Père de Chartres*, Paris, 1840, t. I, n°s 4, 6, 7, 8, 12 et 101; t. II, n°s 25, 26, 48, 59, 60, 61, 68, 72, 103, 107, 149, 488 et 593.
- Heineccius**, *Corpus juris germanicæ antiqui*, Magdebourg, 1738, *lex salica*, cap. XLVI, XLVIII et LXII; *lex sal. emend.*, cap. XLVIII; *lex ripuar.*, cap. XLVIII, XLIX et LVI; *ed. Roth.*, cap. CLVII et CLXVIII ad CLXXVI; *lex Liutp.*, cap. cv.
- Hessels**, *Loi salique*, Londres, 1880, chap. XLVI, XLVIII et LXII.
- Heusler**, *Institutionen des deutschen Privatrechts*, Leipzig, 1885-1886, t. I, p. 88, p. 215, note 2, et p. 217.
- Houard**, *Anciennes lois des Français conservées dans les coutumes anglaises, recueillies par Lyttleton*, Rouen, 1766, t. II, p. 206 et 217.
- Laferrière**, *Histoire du droit français*, Paris, 1838, t. I, liv. III, II^e classificat., n° 3.
- Lidenbrog**, *Codex legum antiquarum*, Francfort, 1838, *lex sal. emend.*, cap. XLVIII; *lex ripuar.*, cap. XLVIII, XLIX et LVI; *ed. Roth.*, cap. CLVII et CLXVIII ad CLXXVI; *lex Liutpr.*, cap. cv.
- Marchegay**, *Cartulaire de Sainte-Marie d'Angers*, Angers, 1853, n° 330.

Marchegay, *Archives de l'Anjou*, Angers, 1853, t. I, cartulaire de Saint-Maur, n° 54; — t. II, cartulaire de Liré, n° 7; chartes de Vern, n° 3.

Marculf monachi *Formulæ veteres*, Paris, 1665, liv. I, form. 2 et 13; liv. II, form. 10 et 12; appendice, form. 47.

Mémoires de l'Académie des Inscriptions et Belles-Lettres, année 1747, p. 76 et suiv.

Michelet, *Origines du droit français*, Paris, 1837, liv. II, chap. III, p. 120.

Migne (abbé) *Patrologiæ cursus*, Innocentii tertii opera omnia, Paris, 1855, *Decretales*.

Dom Morice, *Mémoires pour servir de preuves à l'histoire de Bretagne*, Paris, 1742-1746. *Preuves*, t. I, colonnes 714 et 895; t. II, colonnes 771 et suiv.

Monumenta Germaniæ historica.

Capitularia, édit. Pertz, *Leges* in-fol., t. I, Hanovre, 1835; édit. Boretius et Krause, *Leges* in-4, section 2, Hanovre, 1883; — Capit. de 803, *legib. addit.*; Capit. de 803, *de lege ripuar.*; Capit. de 819, *leg. sal. addit.*

Cassiodori epistolæ, lib. IV, epist. 2; — *Gregorii Turonensis opera*, lib. VII, cap. xxxiii; — édit. Arndt et Krusch, *Scriptores rerum Merovingicarum*. Hanovre, 1884-1885.

Formulæ Merovingici et Karolini ævi, édit. Zeumer, *Leges* in-4, sect. 5, Hanovre, 1886, p. 50, 51, 81, 83, 204, 205, 247, 250, 275 et 316.

Leges Alamannorum, tit. I, n° 1; — édit. Lehman, in-4, sect. I, t. V, Hanovre, 1888; édit. Pertz, in-fol., t. III, Hanovre, 1863.

Lex Ribuaria, édit. Sohm, cap. XLVIII, XLIX et LVI. — *Lex Thuringorum*, édit. Richthofen, cap. LIV; — *Leges*, in-fol., t. V, Hanovre, 1875-1889.

Leges Longobardorum, édit. Pertz, in-fol., t. IV, Hanovre, 1868: *ed. Roth.*, cap. CLVII et CLXVIII ad CLXXVI; *lex Liutp.*, cap. cv. — *Glossaire* de Bluhme, aux mots *garethinx*, *gisil*, *launegild*, *lidinlaib* et *thinx*.

Leges Saxonum, édit. Richthofen, t. V, Hanovre, 1875, cap. LXII.

- Montesquieu**, *Esprit des lois*, Paris, 1866, liv. V, chap. ix et liv. XXXI, chap. xxxiv.
- Pappenheim**, *Launegild und Garethinx*, Breslau, 1882, p. 46.
- Pardessus**, *Loi salique*, Paris, 1843, chap. XLVI, XLVIII et LXII de la *lex primitiva*; chap. XLVIII de la *lex emend.*; dissertation 11^e; note 543.
- *Diplomata*, Paris, 1849, Prolégomènes, p. 243 et 271; t. II, p. 299, 416 et 426.
- Du Plessis de Grenédan**, *Histoire de l'autorité paternelle*, Paris, 1900, II^e part., chap. II, p. 264 et suiv. et 270; chap. IV, p. 289; chap. V, p. 309, 310 et 317.
- Rapetti**, *Li livres de Justice et de Plet*, Paris, 1850, ch. XII, n^o 3, § 1.
- Revue critique de législation et de jurisprudence*, année 1840, *Notice historique sur l'institution contractuelle*, par M. Eschbach; année 1844, *Etude historique sur le droit civil français*, par M. Kœnigswarter, p. 324.
- Nouvelle revue historique de droit français et étranger*, t. IX : Étude sur le droit de succession dans les lois barbares, par M. Glasson; — t. XXIV : *Compte rendu* de M. Dareste sur un ouvrage de C. Kiær consacré à l'étude de l'édit de Rotharis.
- De Rozière**, *Recueil général des formules usitées dans l'empire des Francs*, Paris, 1859, form. 121, 132, 134 à 139, 216, 251 à 254.
- Schupfer**, *Launegildo e garethinx*. *Archevio giuridico*, t. XXXI année 1883, p. 510.
- Stabbe**, *Ueber die Salmannen*, *Zeitschrift für Rechtsgeschichte* de Rudorf, Weimar, 1868, t. VII, p. 408, note 3.
- C. Taciti opera**, édit. Lemaire, Paris, 1820, *De situ moribus et populis Germanicæ*, cap. xx.
- Tardif**, *Très ancien coutumier de Normandie*, Rouen, 1881, I^{re} part., chap. LXXXVIII, § 1.
- *Grand coutumier de Normandie*, Rouen, 1896, chap. xxv, § 8.
- DD. de Vic et Vaissette**, *Histoire générale de Languedoc*, Paris, 1730-1745, t. II. *Preuves*, n^o 342.
- Viollet**, *Histoire du droit civil français*, Paris, 1793, p. 106 et 863, note 1.

C. — Droit coutumier.

- Auroux des Pommiers**, *Commentaire sur la coutume de Bourbonnais*, Paris, 1780, chap. xix et xx.
- Automne**, *Conférence du droit français avec le droit romain*, Paris, 1629, sur la loi 15 au code, *de pactis*.
- Auzannet**, *Œuvres*, Paris, 1708. *Mémoires et Réflexions*, Institution contractuelle, p. 103 ; — *Arrêts du parlement de Paris*, liv. I, chap. LXXIV.
- Bacquet**, *Du droit d'aubaine*, Paris, 1616, II^e part., chap. xxii, n^o 11.
- *Des droits de justice*, Paris, 1616, chap. xxi, n^o 325.
- Barthole**, *Commentaires sur le code*, Lyon, 1546, sur la loi 19, *de pactis*.
- Basnage**, *Coutume de Normandie*, Rouen, 1778, sur l'art. 244.
- Benoît (Benedictus)**, *Repetitiones*, Paris, 1582, *De testam.*, cap. *Raynut.*, sect. *duas filias habens*, n^o 200.
- Boyer (Boerius)**, *Decisiones burdegalenses*, Lyon, 1603, chap. iv, n^{os} 155 et 204.
- Boucheul**, *Traité des conventions de succéder*, Poitiers, 1727.
- Bourjon**, *Droit commun de la France*, Paris, 1770, liv. V, tit. III, chap. ii, n^o 1 et chap. iv, n^o 5 ; liv. V, tit. IV, IV^e part., chap. iii, sect. 6 et VI^e part., chap. iii, sect. 3, n^{os} 12 et 13.
- Bretonnier**, *Questions de droit*, Paris, 1783, sur les donat., p. 96 et 97 ; et sur les subsit., p. 383.
- Brodeau**, *Recueil des notables arrêts de Louët*, Paris, 1627, lettre S, quest. 9.
- Cambolas**, *Décisions notables*, Toulouse, 1681, liv. IV, chap. xxvi, n^o 2 ; liv. IV, chap. xxviii.
- Chabrol**, *Commentaire sur la coutume d'Auvergne*, Riom, 1724, chap. xiv et xv.
- Charondas le Caron**, *Pandectes du droit français*, Paris, 1607, liv. II, ch. xxi.
- Chopin**, *De legibus Andium*, Paris, 1581, liv. II, tit. 3, n^o 16.

- G. Coquille**, *Coutume de Nivernais*, Paris, 1635, art. 12 du tit. des donat.
- *Institutions du droit des Français*, Paris, 1607, tit. des donat.
- *Questions et réponses*, Paris, 1665, quest. 171, 172 et 173.
- Cujacii opera**, Paris, 1637, sur la loi 19 au code, *de pactis*.
- Danty**, *Journal du Palais*, Paris, 1755, t. II, p. 958 et 960.
- Décius**, *Consilia sive responsa*, Aug. Taurin. 1579, Cons. 102, n° 2.
- Denizart**, *Collection de décisions nouvelles*, Paris, 1773, aux mots *Donation*, *Dot*, *Institution contractuelle*.
- Despeisses**, *Des contrats*, Lyon, 1750, liv. des Donat., tit. 14, sect. 3.
- Domat**, *Lois civiles*, Paris, 1767, préface au titre des successions.
- Dumoulin**, *Coutume de Paris*, Paris, 1576, note sur l'art. 55 de l'anc. cout.
- *Coutume du Bourbonnais*, Paris, 1681, not. sur les art. 222, 223 et 225.
- Duplessis**, *Commentaire sur la coutume de Paris*, Paris, 1726, traité des donat., liv. II, chap. II, sect. 6.
- Cl. de Ferrières**, *Coutume de Paris*, Paris, 1770, art. 271, 277, 279 et 330.
- *Dictionnaire de droit et de pratique*, Paris, 1771, aux mots *Donation à cause de mort* et *Institution contractuelle*.
- Furgole**, *Commentaire sur l'ordonnance de 1734*, Toulouse, 1761, art. 13 et 17.
- *Questions sur les donations*, Toulouse, 1761, quest. 23.
- *Commentaire sur l'ordonnance de 1747*, Paris, 1777, tit. 1, art. 2.
- Grand coutumier général* avec les notes de Dumoulin, Paris, 1567, cout. d'Anjou, art. 245; — cout. d'Auverg., ch. XII, art. 39; ch. XIV, art. 17, 26, 31, 32, 34, 35 et 47; ch. XV, art. 1 à 9; ch. XXVII, art. 5; — cout. du Berry, ch. VIII, art. 5 et 6; — cout. du Bourbon., art. 213, 219, 222, 223, 225, 320, 329 et 330; — cout. du Loudun., ch. XXVI, art.

- 4; — cout. du Maine, art. 262; — cout. de la Marche, art. 216, 248, 249 et 296; — cout. du Nivern., tit. 27, art. 12; tit. 33, art. 10; tit. 34, art. 29; — cout. de Normand., art. 244; — cout. de Touraine, art. 252.
- Grenier**, *Traité des donations* précédé d'un *Discours historique sur l'ancienne législation*, Paris, 1812, disc. hist., sect. 5; tr. des don., III^e part., ch. III, sect. 2.
- *Discours historique sur l'adoption*, Paris, 1812, II^e part., p. 477.
- Guypape**, *Decisiones*, Lyon, 1613, sur la loi 2 au code, de *testam. milit.*
- Henrys**, *Recueil d'arrêts remarquables*, Paris, 1662, liv. V, chap. IV, quest. 9.
- Labbé**, *Coutume de Paris*, Paris, 1665, sur l'art. 299.
- De Laurière**, *Traité des institutions et substitutions contractuelles*, Paris, 1715.
- *Coutume de Paris*, Paris, 1777, sur l'art. 299.
- Lebret**, *Décision de plusieurs notables questions*, Paris, 1689, décis. 3.
- Lebrun**, *Traité des successions*, Paris, 1714, liv. III, chap. II et chap. X, sect. II, n^o 8; liv. IV, chap. II, sect. II, n^{os} 38 et suiv.
- Legrand**, *Commentaire sur la coutume de Troyes*, Paris, 1661, sur l'art. 96.
- Leprestre**, *Questions notables de droit*, Paris, 1679, 2^e centur., chap. xciv, n^o 8.
- Loisel**, *Institutes coutumières*, Paris, 1783, liv. II, tit. IV, règl. 9 et 10.
- Masuer**, *Practica forensis*, traduction de Fontanon, Lyon, 1608, tit. XXVIII et XXXII.
- Maynard**, *Notables questions de droit écrit*, Paris, 1628, liv. II, chap. xciv et liv. V, chap. xc.
- Merlin**, *Répertoire de jurisprudence*, Paris, 1813, aux mots *Héritier*, sect. III, § 2, et *Institution contractuelle*.
- *Questions de droit*, Paris, 1810, aux mots *Institution contractuelle* et *Remploi*.
- Mornac** (**Mornaccius**), *Observationes in libris Codicis*, Paris, 1655, sur la loi 15, de *pactis*.

D'Olive, *Questions notables de droit*, Toulouse, 1639, liv. III, chap. xxx.

Papon, *Recueil d'arrêts*, Lyon, 1568, liv. XX, t. II.

Poquet de Livonnière, *Commentaire sur la coutume d'Anjou*, avec les notes de Dumoulin et Dupineau, Paris, 1725, sur les art. 245 et 246.

Pothier, *Introduction à la coutume d'Orléans*, Paris, 1845, tit. XVII, append., § 2.

— *Traité des successions*, Paris, 1845, chap. v, art. 4.

Recueil général des anciennes lois, Paris, 1822 à 1833, ordonn. de Montil-lès-Tours, ann. 1453, art. 125; ordonn. d'Orléans, ann. 1560, art. 59; ordonn. de Moulins, ann. 1566, art. 57; ordonn. de 1731 sur les donat., art. 13, 17, 20 et 39; ordonn. de 1747 sur les substit., art. 12 à 16 et 21.

De Renusson, *Traité des propres*, Paris, 1700, chap. III, sect. II.

Ricard, *Traité des donations*, Paris, 1754, I^{re} part., chap. II; I^{re} part., chap. IV, n^{os} 875, 1024 et suiv., 1064, 1072 et suiv., 1147 et suiv.; I^{re} part., chap. IV, sect. 2, dist. 3; III^e part., chap. V, n^{os} 562 et suiv., et 606 et suiv.; chap. VI, n^{os} 681 et suiv. et 699 et suiv.; chap. IX, n^{os} 1242 et suiv.

Rousseaud de la Combe, *Recueil de jurisprudence*, Paris, 1769, au mot *Institution*, sect. 2.

— *Arrêts notables du parlement de Paris*, Paris, 1743, chap. LXXIV, p. 420 et suiv.

O. de Saint Vast, *Commentaire sur la coutume du Maine*, Alençon, 1778, sur les art. 242, 243 et 244.

Thaumas de la Thaumassière, *Décisions sur les coutumes de Berry*, Bourges, 1744, liv. II, chap. xxxiv.

D. Législation intermédiaire et droit civil.

Aubry et Rau, *Cours de droit civil français*, Paris, 1869-76, t. VII, §§ 708, 709 et 723; t. VIII, §§ 737, 739, 741 et 742.

Baudry et Colin, *Donations et testaments*, Paris, 1895-96,

- t. I, n^o 1589 et 1667; t. II, n^{os} 2326 et suiv., 2936 et chap. ix et x.
- Baudry, Lecourtois et Surville**, *Contrat de mariage*, Paris, 1897-1900, t. I, I^{re} part., chap. v, n^o 155.
- Bonnet**, *Des dispositions par contrat de mariage et des dispositions entre époux*, Paris, 1874, t. I, n^{os} 230 et suiv., 270, 370, 415 et suiv., 422 et 686 et suiv.
- Championnière et Rigaud**, *Traité des droits d'enregistrement*, Paris, 1839-1851, t. IV, n^o 2951.¹
- Coin-Delisle**, *Commentaire analytique du code civil* (Donat. et testam.), Paris, 1844, art. 954, n^{os} 4 et suiv. et art. 1082, n^{os} 25, 29 et suiv. et 43 et suiv.
- Dalloz**, *Répertoire de jurisprudence*, au mot *Dispositions entre vifs et testamentaires*, tit. III., chap. II et III.
- *Supplément*, *ibid.*
- *Recueil périodique de jurisprudence*, *passim*.
- Demante** continué par **Colmet de Santerre**, *Cours analytique du code Napoléon*, Paris, 1849-73, t. II, n^o 29 *bis*; t. III, n^o 24 *bis* 2^o et 3^o; t. IV, n^{os} 103 *bis*, 148 *bis* 3^o, 152 *bis* 3^o à 12^o, 155 *bis* 1^o et chap. VIII et IX.
- Demolombe**, *Traité des donations*, Paris, 1868-73, t. III, n^o 772; t. IV, n^o 560; t. V, n^{os} 327 et 328; t. VI, chap. VII et IX.
- *Traité du mariage*, Paris, 1869, t. II, n^{os} 521 et suiv.
- *Traité des successions*, Paris, 1870-75, t. III, n^{os} 115 et suiv.
- Duranton**, *Cours de droit français*, Paris, 1834, t. II, n^o 629; t. VII, n^o 14; t. VIII, n^o 582; t. IX, chap. VIII et IX; t. XIV, n^o 13.
- Fenet**, *Travaux préparatoires du code*, Paris, 1827, t. II, p. 298 et 710; t. III, p. 279, 409 et 581; t. IV, p. 24, 78, et 611; t. XII, p. 412, 413, 466, 504, 505, 617 et 647.
- Gazette nationale*, années 1789 à 1800, *passim*.
- Guillouard**, *Traité du contrat de mariage*, Paris, 1894-96, t. I, chap. v, sect. 2, n^{os} 300 et suiv.
- Journal du Palais*. Répertoire, au mot *Donation par contrat de mariage*, chap. III.
- *Recueil de jurisprudence*, *passim*.

- Laurent**, *Principes de droit civil*, Bruxelles, 1869-78, t. XIII, nos 21 et suiv. et 79; t. XIV, n° 100; t. XV, chap. ix et x; t. XXI, n° 22.
- Marcadé**, *Explication du code civil*, Paris, 1873-75, t. III, nos 716 et suiv., 728 et 729; t. IV, tit. II. chap. viii et ix.
- Massé et Vergé**, *Droit civil français d'après Zachariæ*, Paris, 1854-60, t. I, p. 281; t. III, p. 239, § 485, note 10, — et chap. xii, séct. 2.
- Mourlon**, *Traité de la transcription*, Paris, 1862, t. II, n° 1117.
— *Répétitions écrites sur le code Napoléon*, Paris, 1873-74, t. II, tit. II, chap. viii et ix.
- Rodière et Pont**, *Traité du contrat de mariage*, Paris, 1869, t. III, n° 1769.
- Sirey**, *Recueil des lois et arrêts*, passim.
- Toullier**, *Droit civil français*, Paris, 1830-33, t. V, chap. viii et ix.
- Troplong**, *Des donations et testaments*, Paris, 1855, t. III, nos 1348 et suiv., 1357, 1389 et 1836 et suiv., et t. IV, chap. viii et ix.
-

CHAPITRE PRÉLIMINAIRE

Nature de l'institution contractuelle.

Donner une définition de l'institution contractuelle est chose fort délicate, car nombreuses sont les modifications qu'elle a subies dans le cours des âges, et nécessairement il faut trouver une définition qui puisse embrasser toutes les époques de son évolution. Seule, la suivante nous semble assez large pour réaliser cette condition : *L'institution contractuelle est un don irrévocable de succession fait par contrat.* C'est un don irrévocable, par conséquent, elle ne saurait être confondue avec le testament qui, lui, est essentiellement révocable; c'est un don de succession, donc elle se différencie de la donation simple qui produit son effet *hic et nunc*. Ces deux considérations nous suffiront à faire justice des opinions erronées qui ont été émises sur les caractères essentiels de l'institution contractuelle. Il est, en effet, peu de questions qui aient fourni matière à autant de discussions. Trois systèmes principaux se sont fait jour à ce sujet. Le premier rapproche l'institution contractuelle de la donation entre-vifs; le second la fait dériver de la donation à cause de mort; le troisième, enfin, la considère comme un contrat *suigeneris*.

D'après M. Anouilh (1) il faudrait compter un quatrième système assimilant l'institution contractuelle au testament; mais cette opinion ne nous paraît pas fondée, du moins pour ce qui est des pays de coutume. Nous lisons bien dans Eusèbe de Laurière (2) : « Coquille est celui qui a trouvé le vrai principe en faisant voir que la convenance de succéder ou l'institution contractuelle est en effet un testament, en ajoutant cette condition qu'il n'est point révocable... » Mais il serait difficile de distinguer ce système du second, car nous savons que, d'après l'opinion générale, la donation à cause de mort proprement dite n'existait plus en réalité dans notre ancien droit coutumier. A peine en retrouvons-nous la trace dans deux cas tout à fait particuliers (3). D'ailleurs E. de Laurière, ainsi que Guy Coquille, la confondent eux-mêmes avec le testament et la prennent comme synonyme de disposition à cause de mort.

Si nous recherchons la cause de ces divergences, nous la trouvons en partie dans l'origine très incertaine, nous le verrons au chapitre suivant, de l'institution contractuelle. Quoiqu'il en soit, la première opinion fut ardemment soutenue par un grand nombre d'auteurs. Voici quel est le principal argument développé par eux : l'ins-

(1) *De l'institution contractuelle dans l'ancien droit français et le Code Napoléon* (Paris, 1860), 2^e part., § 1, p. 23 et 24.

(2) *Traité des institutions et substitutions contractuelles* (Paris, 1715), tom. I, chap. II, n° 21.

(3) Voir Claude de Ferrières, *Dictionnaire de droit et de pratique* (Paris, 1771) au mot *Donat. à cause de mort*, et *Commentaire sur la Coutume de Paris* (Paris, 1770), art. 277. Voir également Ricard, *Traité des donations* (Paris, 1754), tome I, 1^{re} partie, chapitre II, n° 37 et suiv.

titution contractuelle est irrévocable; en effet, l'instituant n'en peut faire une seconde, ni porter atteinte à la première par des actes postérieurs, tout au moins par des actes universels, car on admettait généralement que le donateur restait libre de disposer à titre particulier pourvu que cela soit fait sans fraude. Il n'y a pas lieu d'ailleurs de distinguer entre les actes à titre gratuit et les actes à titre onéreux. Cependant nous observerons que dans certaines coutumes (Anjou, Maine, Normandie, Tournaine, Loudunois etc.), et généralement dans tous les pays de droit écrit la prohibition était absolue. Aussi tous les auteurs de ces pays étaient-ils partisans de l'assimilation de l'institution contractuelle à la donation entre-vifs dont elle avait le caractère essentiel. Lebrun dit également : « Il faut dire que les institutions contractuelles sont donations entre-vifs, non seulement parce qu'elles ne peuvent être faites que dans des contrats de mariage (il en fut ainsi de bonne heure, comme nous le verrons), mais principalement à cause qu'elles sont irrévocables en tant que celui qui a fait une institution contractuelle ne peut pas en faire une seconde ni déroger à l'institution par des actes qui n'ayent leur effet qu'après la mort. Or c'est une maxime qu'un acte qui participe de diverses natures doit être réputé de celle dont il tient le plus... » (1). Ainsi donc, Lebrun invoque deux principales raisons en faveur de son opinion, l'irrévocabilité des institutions contractuelles et leur caractère de contrat résultant de ce fait qu'elles ne peuvent avoir lieu que par contrat de mariage. De même, Rénusson, après avoir examiné les raisons qui militent en faveur de l'opinion

(1) *Traité des successions* (Paris, 1714), liv. III, chap. II, n° 7.

contraire conclut : « Néanmoins, je me tiens à la première opinion, par la raison que nos coutumes et nos mœurs ayant autorisé les institutions d'héritier faites par contrat de mariage, elles doivent être considérées purement et simplement comme dispositions entre-vifs et en doivent avoir l'effet tout entier à cause de la solennité du contrat... » (1). Mais à cette argumentation les adversaires répondent ainsi par la bouche d'E. de Laurière: « Il faut poser en principe qu'il n'y a que la nature et la loi qui fassent des héritiers, car si les hommes en font, ceux qu'ils instituent ne sont héritiers que parce que le choix des testateurs est confirmé et autorisé par la loi. L'institution d'héritier par elle-même, n'est donc point attachée essentiellement à l'acte où elle est faite, car si la loi veut qu'elle soit faite par un testament, elle sera nulle si elle est faite par un contrat, et si la loi veut qu'elle soit faite par un contrat, elle sera nulle et ne vaudra que comme legs lorsqu'elle sera faite par testament. Or, de quelque manière que l'institution d'héritier soit faite, ou par testament ou par contrat de mariage, il est constant qu'elle est toujours la même et de la même nature, et comme elle est très constamment une espèce de donation à cause de mort quand elle est faite par un testament, il s'ensuit qu'elle est aussi une espèce de donation à cause de mort quand elle est faite par un contrat de mariage... » (2).

Cependant les partisans de la première opinion rejettent cette conclusion. A l'objection faite par leurs adversaires que l'institution contractuelle, de même que les dispositions à cause de mort, ne produit aucun effet

(1) *Traité des propres* (Paris, 1700), chap. III, sect. 2, n^{os} 33 et suiv.

(2) *Traité des instit. et subst. contract.*, tome I, chap. II, n^o 5.

du vivant de l'instituant, ils répondent qu'elle n'en est pas moins une disposition entre-vifs, car suivant la note de Dumoulin sur l'article 291 de la coutume de Bourbonnais : *dispositio statim ligat nec suspenditur et ab ea fit denominatio; sed executio habet tractum*. Ils disent également, en faveur de leur système, que les institutions contractuelles sont soumises à l'insinuation prescrite par l'ordonnance de Villers-Cotterets (1539) et celle de Moulins (1566) pour les donations entre-vifs, alors qu'elles y échapperaient si elles avaient un caractère différent; mais c'est là une véritable pétition de principes. C'était en effet une question très discutée de savoir si les institutions contractuelles devaient être soumises à l'insinuation, et seule la nature qu'on attribuait à ces institutions pouvait logiquement dicter la réponse. Il faut remarquer, en outre, que l'opinion qui dispensait d'insinuation les institutions contractuelles finit par prévaloir. C'est en ce sens que fut rendu le 12 janvier 1712 un arrêt célèbre sur les conclusions de l'avocat général Chauvelin (1). D'ailleurs E. de Laurière, en son traité des *Institutions et substitutions contractuelles*, donne un motif particulier à l'insinuation requise en certains pays. En Normandie, les reconnaissances et déclarations d'ainés (qui sont des espèces d'institutions contractuelles) étaient accompagnées d'une promesse expresse de ne pas aliéner, et d'une promesse tacite dans les coutumes d'Anjou, du Maine, de Touraine et de Loudunois (2) ainsi que dans les pays de

(1) Voir Claude de Ferrière, *Dictionnaire de droit et de pratique*, (Paris, 1771) au mot *Instit. contract.*, n° 3.

(2) *Coutume de Normandie*, art. 244; *Cout. d'Anjou*, art. 245;

droit écrit. Il en résultait que le déclarant ne pouvait plus aucunement disposer de ses biens; par conséquent, les déclarations et reconnaissances, dans ces pays, pouvaient autant préjudicier aux tiers qui contractaient avec le déclarant que les donations entre-vifs; de là vient la nécessité de l'insinuation. E. de Laurière ajoute: « Mais, comme dans la coutume de Normandie la reconnaissance et la déclaration ou l'institution d'héritier a été distinguée de la promesse expresse de ne point aliéner, il faut aussi distinguer dans les coutumes d'Anjou, du Maine, de Touraine et de Loudunois la promesse tacite de ne point aliéner des reconnaissances ou des déclarations d'ainés et des institutions contractuelles » (1).

Passons maintenant à l'examen de la seconde opinion. Elle est défendue par E. de Laurière et Guy Coquille qui produisent à l'appui un grand nombre de raisons. Il faut observer tout d'abord que l'instituant ne donne rien de son vivant; il ne donne rien de réel, d'effectif, car il n'est pas plus pauvre après l'institution et l'institué n'est pas plus riche. Celui-ci n'a guère, durant la vie de son donateur, qu'une simple espérance qui peut être déçue par l'administration maladroite ou même par les aliénations réfléchies de son donateur. Ce n'est qu'à la mort de celui-ci que son droit se fixe et prend consistance. Donc l'instituant préfère l'institué à ses héritiers, mais se préfère lui-même à l'institué, ce qui est absolument contraire aux principes de la donation entre-vifs

Cout. du Maine, art. 162; *Cout. de Touraine*, art. 252; *Cout. de Loudunois*, art. 4, chap. xvi.

(1) Labbé, en son commentaire de la Coutume de Paris, tient également les institutions contractuelles pour donations entre-vifs et invoque plusieurs arrêts en ces sens.

ou le donateur préfère le donataire à lui-même. « Celui qui institue un héritier par contrat de mariage, dit E. de Laurière, ne donne qu'après sa mort... en un mot il aime mieux que ce qu'il donne lui appartienne qu'à celui qu'il institue, et à celui qu'il institue qu'à son héritier, ce qui est la véritable marque de la donation à cause de mort. *Donatio causa mortis*, dit Justinien, *est quæ propter mortis fit suspicionem, et in summa mortis causa donatio est cum magis se quis velit habere quam eum cui donat, et magis eum cui donat quam heredem suum*. Les institutions contractuelles ont encore ceci de commun avec les donations à cause de mort que ni les unes ni les autres n'empêchent le donateur d'aliéner les biens donnés ni même d'en disposer à titre gratuit particulier, ce qui, nul ne le conteste, est absolument incompatible avec l'irrévocabilité des donations entre-vifs, où la règle donner et retenir ne vaut règne en souveraine maîtresse.

A l'objection des adversaires que l'institution est du moins irrévocable en ce sens qu'elle ne laisse place ni à une révocation formelle, ni à une seconde institution, ni à une disposition quelconque à titre universel, irrévocabilité qui ne fut jamais admise pour les donations à cause de mort. E. de Laurière répond : « Dans le droit romain comme il se pratique encore, celui qui faisait un testament y parlait seul, et comme il ne pouvait s'obliger envers lui-même, il ne pouvait s'imposer aucune loi, ni, par conséquent, s'ôter la liberté de changer de volonté. De là vient que chez les Romains les testaments étaient toujours révocables jusqu'à la mort, et comme les donations à cause de mort se règlent par les mêmes principes que les testaments, il était aussi au pouvoir

de ceux qui les avaient faites de les révoquer toutes les fois qu'ils le voulaient. Mais quelques-unes de nos coutumes ayant autorisé les institutions d'héritier faites par contrat de mariage et les dispositions de ces coutumes, comme utiles aux familles, ayant été reçues dans tout le Royaume, on a été obligé de s'y régler par d'autres principes, car, pour le dire encore une fois, quelle injustice aurait-ce été, si celui qui a fait faire un mariage en instituant un des conjoints son héritier avait la liberté de tromper l'un et l'autre conjoint en changeant de volonté et en révoquant ou rendant inutile son institution. Si donc on a voulu dans ce cas, par de justes raisons, que les institutions continssent des promesses tacites de ne point aliéner ou de ne point avantager un autre au préjudice de l'institué, il est évident qu'elles ne doivent point pour cela perdre leur nature et leur qualité d'institutions et qu'elles ne doivent point cesser pour cela d'être des espèces de donations à cause de mort » (1). Le même auteur invoque également la loi 13 du Digeste *De donationibus causa mortis* : « *Sed et sic donari potest (causa mortis) ut non aliter reddatur quam si prior ille qui acceperit decesserit* ». Il fait observer que c'est là le cas des institutions contractuelles qui, bien qu'irrévocables, sont toujours caduques lorsque l'institué prédécède sans enfants. Mais nous remarquerons à notre tour, que c'est une question fort controversée que celle de savoir si, dans le texte invoqué, il s'agit d'une véritable donation à cause de mort, ou simplement d'une donation entre-vifs sous condition résolutoire du prédécès du donataire, appelée

(1) *Traité des Instit. et subst. contract.*, tome I, chap. II, n° 18.

aussi *lato sensu* « *mortis causa donatio* ». Il est vrai que cela a peu d'importance, car, ainsi que nous l'avons dit, notre ancien droit ne connaissait guère la distinction entre les *donations* et les *dispositions* à cause de mort.

Beaucoup d'autres arguments sont encore invoqués en faveur de cette opinion ; ainsi, les institutions contractuelles, comme les dispositions à cause de mort, obligent le donataire à payer toutes les dettes du défunt s'il s'est mis en possession de l'hérédité sans faire bon et fidèle inventaire. C'est ce que Lebrun lui-même admet (1) et il regarde en cela l'institué comme un véritable héritier. Mais, dit E. de Laurière, « comme tout héritier institué, surtout s'il est étranger, tient la succession qui lui est donnée de la libéralité de l'instituant, il est très certainement, comme Coquille l'a très bien remarqué (2), un donataire à cause de mort. Dans l'espèce que l'on suppose, il sera donc en même temps et donataire à cause de mort, et donataire entre-vifs, et il aura en même temps la succession de celui qui l'aura institué à deux titres différents et incompatibles, ce qui est absolument impossible. » Les mêmes déductions se pourraient encore tirer de ce que les institutions contractuelles donnent lieu à accroissement, comme les dispositions *mortis causa*, que comme elles, et contrairement à ce qui se passe pour les donations entre-vifs, elles n'exigent point l'acceptation du bénéficiaire, etc.

Malgré ces motifs, nous croyons devoir nous rallier à la troisième opinion soutenue par Domat, Furgole et

(1) *Traité des succes.*, liv. III, chap. II, n° 7.

(2) *Commentaire sur la Coutume de Nivernais* (Paris, 1635), art. 12 du tit. des donations.

plusieurs autres. Dans les institutions contractuelles, les caractères des donations entre-vifs et des dispositions testamentaires se mêlent si étroitement qu'il est impossible de les ramener à l'un ou l'autre de ces deux modes de disposer. Domat dit à ce propos qu'une seule solution reste pratique, c'est « de distinguer en chaque difficulté lesquelles de ces deux sortes de règles on doit y appliquer, et si c'est par les règles des conventions que la difficulté doit se résoudre ou si c'est par les règles des testaments, selon que les unes ou les autres peuvent convenir » (1). Ricard est du même avis : « Les institutions contractuelles d'héritiers participent à la nature de la donation entre-vifs et de la donation à cause de mort tout ensemble » (2). De même Cl. de Ferrières : « L'institution contractuelle n'est à proprement parler ni donation entre-vifs, ni donation à cause de mort, mais participe de l'une et de l'autre » (3). Merlin, dans le dernier état du droit, soutient la même opinion : « Il est certain que l'institution contractuelle n'a sous certains rapports que l'effet d'une disposition de dernière volonté et que sous d'autres, elle a tous les caractères d'une donation entre-vifs » (4). — « Qu'est-ce donc précisément que l'institution contractuelle ? demande Danty. C'est un ouvrage de notre jurisprudence que le droit romain n'a jamais connu et dont la définition exacte renferme des contrariétés évidentes... Ce n'est pas par les maximes des donations entre vifs, ni des donations à cause de mort qu'il faut se déterminer en cette matière, parce que les

(1) *Lois civiles* (Paris, 1767), préface au titre *des successions*.

(2) *Tr. des Donat.*, loc. cit.

(3) *Diction. de droit et de pratique*, au mot *Instit. contract.*

(4) *Répertoire de jurisprudence*, au mot *Instit. contract.*, § 1.

définitions que les lois nous donnent des unes et des autres ne peuvent convenir à l'institution contractuelle qui n'est qu'un contrat entre-vifs, c'est-à-dire une obligation que contracte l'instituant envers l'institué de lui laisser à titre d'héritier tous les biens qui lui resteront au jour de sa mort, c'est-à-dire un testament irrévocable qui peut comprendre néanmoins tous les biens du testateur » (1). — Citons enfin Furgole, et cela nous servira de conclusion à cette discussion sur la nature de l'institution contractuelle : « Je me suis déterminé à penser que l'institution contractuelle ou le pacte de succéder n'est pas une donation entre-vifs, parce que la donation ne peut pas faire un héritier. Elle n'est pas non plus un testament, parce qu'elle est irrévocable et qu'il est de l'essence du testament d'être révocable ; elle n'est pas une donation à cause de mort parce qu'elle ne peut pas faire un héritier. C'est une autre espèce de disposition que le droit romain avait réprouvée, qui est purement du droit français qui l'a introduite... Elle a du rapport avec la donation entre-vifs par son irrévocabilité ; mais pour les autres effets, elle n'a rien de commun avec la donation entre-vifs. Elle a du rapport avec la donation à cause de mort, parce qu'elle a trait de temps à la mort de l'instituant, que son effet est suspendu jusqu'alors et qu'elle renferme la condition de survie de l'institué ; autrement elle est caduque à moins que l'institué ne laisse des enfants. Elle a du rapport avec le testament en ce qu'elle défère l'hérédité et qu'elle fait un vrai héritier, ce que la donation entre-vifs, ni la donation à cause de mort ne peuvent pas faire, mais à cela près elle n'a rien

(1) *Journal du Palais* (Paris, 1755), tome II, p. 960.

de commun ni avec le testament, ni avec la donation à cause de mort. C'est une manière de disposer ou convention que quelques auteurs ont appelée avec raison amphibie, qui constitue une classe à part et qui a ses règles particulières qu'elle ne doit emprunter ni de la donation entre-vifs, ni de la donation à cause de mort, ni du testament » (1).

(1) *Observations sur l'ordonnance de 1731* (Toulouse, 1761), art. 13.

CHAPITRE PREMIER

Origines de l'institution contractuelle. — L'institution contractuelle dans les lois barbares.

SECTION I

PEUT-ON PLACER L'ORIGINE DES INSTITUTIONS CONTRACTUELLES
DANS LES LOIS ROMAINES ?

Maintenant que nous savons ce qu'est l'institution contractuelle, nous avons à nous demander d'où nous vient cette institution. Faut-il en chercher la source dans le droit romain dont nous tenons la plupart de nos institutions juridiques ; n'est-ce pas plutôt un reste des coutumes germaniques importées dans notre pays par les invasions barbares, ou tout simplement une création de nos anciens auteurs ? Ce n'est qu'à notre époque que cette question a pu être résolue. Les auteurs au siècle dernier étaient encore fort divisés et nul ne semblait avoir trouvé la véritable solution.

I. Pour ce qui est du droit romain, il est hors de doute qu'à l'époque classique on ne peut absolument rien y trouver qui puisse être considéré comme la source des institutions contractuelles. Ces institutions sont en effet absolument contraires aux principes fondamentaux du droit romain et à ses caractères essentiels. Chacun sait

l'importance que ce droit attachait à la libre disposition du testateur qui ne pouvait en rien enchaîner sa liberté. On fait, il est vrai, remarquer qu'il n'en fut pas toujours ainsi et que le testament *per æs et libram* devait forcément instituer un successeur irrévocable. Nous l'admettons, contrairement à l'avis de M. Anouilh (1), car il est probable que cette vente du patrimoine, toute fictive qu'elle fût, ne pouvait être détruite, suivant les principes immuables du droit romain, que par un acte contraire, c'est-à-dire une revente faite par l'*emptor familiaris* primitif. Cette opinion enseignée par Ortolan est également celle de M. Accarias. D'ailleurs, le mode antérieur de tester, *calatis comitiis*, donne lieu à la même remarque ; car on peut regarder comme certain qu'un testament fait dans ces conditions, ayant les caractères véritables d'une loi, ne pouvait être révoqué que par une loi postérieure. — Mais nous ferons observer que ce ne sont là que des modes tout à fait primitifs de disposer, employés à une époque où Rome encore barbare n'avait pu se former un droit pratique et qu'ils disparurent de bonne heure pour faire place d'abord au testament nuncupatif, puis aux autres formes de testaments qui eurent dans la législation romaine droit de cité définitif. La liberté de tester est alors entière ; il est dit dans la loi des Douze Tables : *Pater familias uti super familia pecuniave sua legassit, ita jus esto*. C'est seulement vers l'époque de Cicéron qu'elle subit une entrave sérieuse par l'institution de la *querela inofficiosi testamenti* ; encore est-il juste de dire que pendant

(1) Anouilh, *De l'instit. contr. dans l'anc. dr. fr.*, prem. part., p. 5.

longtemps ce ne fut là qu'un détour inventé par le préteur pour faire échec à une loi trop absolue, et qu'en attaquant le testament sous couleur de folie du testateur, on respectait en théorie sa liberté de disposer. Mais si la loi, ou plutôt l'usage, restreint la liberté du testateur celui-ci ne peut la restreindre lui-même. On sait avec quelle sévérité sont prohibés les pactes sur succession future. Le Code et les Pandectes fourmillent de textes flétrissant cette spéculation sur la mort d'un homme : « *Spes præmatura... improba, ... acerbissima, ... plena tristissimi et periculosi eventus...* » — « *Stipulatio hoc modo concepta : si me heredem non feceris, tantum dare spondes, inutilis est quia contra bonos mores est* (1). » — « *Ex eo instrumento nullam vos habere actionem in quo contra bonos mores de successione futura interposita fuit stipulatio manifestum est...* » Et dans la même réprobation on enveloppait les renonciations aux successions futures : « *Pactum dotali instrumento comprehensum ut, contenta dote quæ in matrimonio collocabatur, nullum ad bona paterna regressum haberet, juris auctoritate improbatur, nec intestato patri succedere filia ea ratione prohibetur* » (2).

Cependant, sous les empereurs, quelques tentatives furent faites afin de modifier les principes établis. On en retrouve la trace dans le Code. Une réponse de Dioclétien et Maximien à Claudius nous apprend ainsi qu'une femme était convenue, par son contrat de mariage, qu'elle déclarait vouloir lui tenir lieu de testament, que son mari recueillerait tous les parapherinaux qu'elle laisserait à son décès ; mais les empereurs consultés répon-

(1) De verbor. obligat., *Digeste*, 61.

(2) Code, loi 3 *de collationibus*.

dirent : « *Hæreditas extraneis testamento datur. Cum igitur adfirmes dotali instrumento pactum interpositum esse vice testamenti ut post mortem mulieris bona ejus ad te pertinerent quæ dotis titulo tibi non sunt obligata, intelligis nulla te actione posse convenire hæredes seu successores ejus ut tibi restituantur quæ nullo modo debentur* » (1). Plus tard, en 267, une réponse des empereurs Valentinien et Gallien est conçue dans le même sens. Il s'agit de la promesse faite par un père en mariant sa fille, de lui laisser une part de succession égale à celle de son frère; les empereurs déclarent qu'elle est nulle : « *Pactum quod dotali instrumento comprehensum est ut, si pater vita fungeretur, ex æqua portione ea quæ nuberat cum fratre hæres patris sui esset, neque ullam obligationem contrahere, neque libertatem testamenti faciendi mulieris patri potuit auferre* » (2). A côté de cette haine des stipulations sur successions futures, le principe suivant régnait aussi chez les Romains, à savoir que seuls les testaments étaient susceptibles de contenir institution d'héritier. Ce principe demeura inébranlable même sous Auguste où l'usage des codicilles, jusque-là peu connus, commença à se répandre, et les codicilles ne purent contenir que des legs ou des fidéicommiss : « *Codicillis autem hæreditas neque dari neque adimi potest ne confundatur jus testamentorum et codicillorum. Et ideo nec exhæredatio scribi. Directo autem hæreditas neque dari, neque adimi potest; nam per fideicommissum hæreditas codicillis jure relinquitur. Nec conditionem hæredi instituto codicillis neque substituere directo*

(1) Code, loi 5 de *pactis conventis*.

(2) C., l. 15, de *pactis*.

quis potest » (1). Puisque les Romains n'admettaient ni institution d'héritier, ni exhérédation par codicille, on ne doit pas s'étonner qu'ils les proscrivissent dans les contrats.

Cependant, nous l'avons vu, cet usage tenta de s'introduire sous les empereurs. Ce fut d'abord sans résultat, il est vrai, mais en 327 Constantin fit une première concession aux pactes sur successions futures. Il permit à la mère, tout en lui laissant sa vie durant la faculté de révoquer, de partager sa succession future entre ses enfants : « *Nulli quidem de bonis usurpandis vivorum nec dividendis contra bonos mores concessa licentia est, sed si, præcipiente matre, bona ejus interse liberi dividerint, placuit omnifariam nobis hujusmodi divisionem durare, si modo usque ad extremum ejus vivendi spatium voluntas eadem perseverare doceatur* » (2). Puis vint Justinien qui, tout en maudissant les pactes sur succession future et les proscrivant en principe, les autorisa en fait dans la succession de toute personne pourvu que celle-ci donnât son consentement et persévérât jusqu'à la mort : « *De quæstione tali a Cæsariensi advocacione interrogati sumus : duabus vel pluribus personis spes alienæ hæreditatis fuerat ex cognatione forte ad eas devolvendæ, pactaque inter eas inita sunt pro adventura hæreditate quibus specialiter declarabatur : si ille mortuus fuerit et hæreditas ad eas pervenerit, certos modos in eadem hæreditate observari, vel si forte ad quosdam ex his hæreditatis modum pervenerit certas pactiones evenire. Et dubitabatur si hujusmodi pacta servari oporteret. Faciebat eis quæs-*

(1) *Instit. de Just. : de Codicillis*, § 2.

(2) *Code théodos.*, l. II, tit. 24.

tionem quia adhuc superstite eo de cujus hæreditate sperabatur, hujusmodi pactis processit, et quia non sunt ita confecta quasi omnimodo hæreditate ad eos perventura, sed sub duabus conditionibus composita sunt : si ille mortuus fuerit et si ad hæreditatem vocentur hi qui hujusmodi pactionem fecerunt. Sed nobis omnes hujusmodi pactiones odiosæ esse videntur... itaque... sancimus... nihil ex his pactionibus observari, nisi ipse forte, de cujus hæreditate pactum est, voluntatem suam eis accomodaverit et in ea usque ad extremum vitæ suæ spatium perseveraverit » (1). C'était généraliser la décision de Constantin.

L'empereur Léon fit faire un pas de plus à cette jurisprudence en réformant la solution donnée par les empereurs Valentinien et Gallien à propos d'une stipulation d'égalité faite par contrat de mariage et que nous avons rapportée plus haut : « *Statuimus vero ut parentum nemo jura filiorum, quibus cum reliquis liberis æqualem hæredibus portionem servatum iri in nuptialibus contractibus spoponderat, innovare tentet, ut si quis pactionem suas aspernari et illius cui tantumdem quantum alii fratres habituri sunt promisit portioni detrachere compertus fuerit, sciat et pœnitentia mutatam voluntatem invalidam atque vanam habendam. Ex æquo enim cum aliis fratribus secundum initum pactum filius in bona succedet* » (2).

C'est dans cette novelle de l'empereur Léon que plusieurs de nos anciens auteurs ont voulu chercher l'origine de l'institution contractuelle. Tel est l'avis de Basnage, dans son commentaire de la coutume de Nor-

(1) C., l. 30, de pactis.

(2) Novelle 19.

mandie : « Quoique les pactions de succéder apposées dans les contrats de mariage eussent été réproouvées par Justinien en la loi 15, *de pactis*, au code (cette loi 15 est la réponse des empereurs Valentinien et Gallien que nous avons rapportée plus haut), néanmoins l'empereur Léon, en sa nouvelle 19, les avait reçues comme fort favorables; aussi l'on apprend par cette même nouvelle que la loi de Justinien était déjà abolie par un non-usage, parce qu'elle n'était point au goût des peuples, *in hominum animis neutiquam locum habuit*, ce qui fait bien connaître que les lois ne subsistent que par la raison et que nonobstant toute l'autorité et la puissance des législateurs, elles s'abolissent d'elles-mêmes lorsqu'elles ne sont pas conformes au génie des peuples que l'on veut y soumettre, et c'est par ce principe que dans les provinces où le droit romain est gardé, l'on a suivi la constitution de l'empereur Léon, plutôt que les lois de Justinien. C'est de cette constitution de Léon que les institutions et substitutions contractuelles ont été tirées » (1). Furgole admet aussi la même solution, mais d'une façon beaucoup moins affirmative : « Elle (l'institution contractuelle) peut tirer son origine de la nouvelle 19 de l'empereur Léon, mais d'une façon assez éloignée » (2). Basnage invoque aussi l'autorité de Cujas; mais c'est complètement à tort, car cet auteur fournit au contraire le principal argument contre la thèse de Basnage. Il ne suffit pas, en effet, de dire que l'empereur Léon ne parle que des promesses d'égalité entre enfants, ce qui, ajoute-t-on, est bien différent des institutions contrac-

(1) *Coutume de Norm.*, sur l'art. 244.

(2) *Observat. sur l'ordonn.* de 1731, art. 13.

tuelles qui s'appliquent à tous les biens, car il est trop aisé de répondre que l'institution contractuelle peut fort bien ne comprendre qu'une partie des biens de l'instituant. D'ailleurs, même au cas contraire, il n'y aurait qu'une différence de quotité, ce qui ne saurait empêcher la similitude des institutions et réfuter une recherche d'origine.

La véritable réfutation a été, disons-nous, donnée par Cujas; cet auteur fait remarquer, dans ses *Observationes et emendationes*, que les nouvelles de l'empereur Léon n'ont presque pas été observées ni regardées comme lois en Orient et qu'en Occident elles restèrent même longtemps ignorées. Promulguées en langue grecque dans le Bas Empire, vers la fin du ix^e siècle, ce fut seulement au xvi^e qu'elle pénétrèrent en France. Scriver, le premier, en donna à Paris, une édition grecque en 1518 et Agylæus une édition latine en 1560. On ne peut donc rattacher l'institution contractuelle à la nouvelle 19, puisque depuis longtemps cette institution était en usage et que même de nombreuses coutumes l'avaient consacrée, alors que cette nouvelle était encore complètement inconnue.

II. Une seconde opinion soutenue par la plupart de nos anciens auteurs est qu'il faut chercher l'origine des institutions contractuelles dans la loi salique. Mais au lieu de remonter à cette loi elle-même, ils se sont contentés d'invoquer le titre XXIX du *Livre des Fiefs* où il n'est question de la loi salique que d'une façon tout à fait incidente. Telle est l'opinion de Lebrun, de Loisel, de G. Coquille, de Cujas, de Ricard, de Le Prestre, etc. Voici ce qu'on lit au livre II, titre XXIX du *Livre des Fiefs* : « *Quidam habens filium ex nobili conjuge, post*

mortem ejus non valens continere, aliam minus nobilem duxit, qui nolens existere in peccato, eam desponsavit ea lege ut nec ipsa nec filii ejus amplius haberent de bonis patris quam dixerit tempore sponsaliorum, verbi gratiæ decem libras, vel quantum voluerit dare quando eam desponsavit. Quod Mediolanenses dicunt accipere uxorem ad morganaticam, alibi ex lege salica. Hic filiis ex ea susceptis, decessit; isti in proprietatem non succedunt aliis existentibus qui, licet legitimi sint, tamen in beneficio minime succedunt, etiam fratribus sine legitima prole decessentibus, secundum usum Mediolanensium» (1).

Dans ce texte, il s'agit d'un homme qui, ayant un fils d'une première femme, devient veuf et se remarie avec une autre moins noble, mais à condition qu'elle et les

(1) L'expression *ad morganaticam* vient du mot *morgengab*, don du matin, qui désigne le don que le mari faisait le lendemain du mariage à la femme, pour prix, en quelque sorte, de sa virginité. Ce morgengab n'était dû par conséquent qu'à la femme vierge et non à la veuve qui se remariait. Nous trouvons de fréquentes allusions à cet usage tant dans les anciens documents juridiques que dans les chroniques de l'époque. Tous les peuples d'origine germanique, et même les Scandinaves, l'ont connu; cependant la loi salique n'en fait pas mention. Par contre, la loi des Ripuaires en traite assez longuement. Nous savons ainsi que le morgengab se constitue par tradition, et comme la loi ne dit pas que cette tradition produisait des effets spéciaux, nous devons en conclure qu'elle transférait purement et simplement la propriété, à ce point que les biens du morgengab étaient recueillis par les héritiers de la femme prédécédée au même titre que ses propres. D'ailleurs la notion de l'usufruit est d'origine romaine et n'apparat qu'assez tard chez les Barbares. Notons en terminant que le morgengab constituait parfois un don très considérable. C'est ainsi que par le traité d'Andelot, la reine Galswinde reçut plusieurs villes très importantes.

enfants à naître n'aient de droits que sur les biens qu'il lui donne en mariage *ad morganaticam*, ou suivant la loi salique.

Les auteurs que nous avons cités tout à l'heure interprètent le texte en ce sens que la loi salique autorisait des pactes de cette nature, permettant ainsi, par contrat de mariage, les stipulations sur succession future. Voici, par exemple, ce que dit Lebrun dans son *Traité des successions*: « On voit... qu'à Milan, lorsqu'on contractait cette espèce de mariage que l'on appelait *ad morganaticam*, dans lequel celui qui descendait à de secondes noces moins avantageuses que son premier mariage stipulait que la seconde femme et ses enfants n'auraient pour tous droits qu'une certaine somme d'argent, l'on appelait cela se marier selon la loi salique, et voilà l'origine de nos institutions contractuelles et de nos renonciations à successions futures... » (1).

Mais E. de Laurière fait remarquer que cette interprétation est fausse parce que, dans le texte cité, les expressions *ad morganaticam* et *ex lege salica* se rapportent au mode de constitution du douaire de la seconde femme et nullement à la clause excluant les enfants du second mariage du surplus de l'hérédité : « Quant au pacte, dit-il, dont il est parlé dans ce chapitre, par lequel le père, en se remariant, excluait de la succession les enfants qui devaient naître de son second mariage et ordonnait qu'ils se contenteraient de la dot, du douaire ou du morgincap qu'il avait constitué à leur mère *tempore desponsationis*, il n'était point de la loi salique ou des mœurs de nos anciens Français et il était même con-

(1) Liv. III, chap. II, n° 6.

traire à toutes les lois romaines... » (1). Et, à son tour, E. de Laurière propose une origine des institutions contractuelles.

III. Il se fonde sur une constitution des empereurs Dioclétien et Maximien : « *Licet inter privatos hujusmodi scriptum, quo comprehenditur ut is qui supervixerit alterius rebus patiat, ne donationis quidem mortis causa gestæ efficaciter speciem ostendat, tamen, cum voluntas militum quæ super ultimo vitæ spiritu deque familiaris rei decreto quoquomodo contemplatione mortis in scripturam deducitur vim postremi judicii obtineat, proponasque te ad fratrem tuum, ad discrimen prælii pergentes, ob communem mortis fortunam, invicem esse pactos ut ad eum qui superstes fuisset res ejus, cui casus finem vitæ attulisset, pertinerent : existente conditione intelligitur ex fratris tui judicio (quod principalium constitutionum prompto favore firmatur) etiam rerum ejus compendium ad te delatum esse* » (2). Considérant cette constitution comme apportant une exception à la prohibition des pactes sur succession future, E. de Laurière en fait dériver le contrat que nous avons trouvé dans le titre XXIX du *Livre des Fiefs* : « Comme dans le temps que Gerardus Niger et Obertus de Orto composèrent le *Livre des Fiefs* le droit de Justinien était enseigné publiquement dans les écoles d'Italie par de grands jurisconsultes et entre autres par Bulgarus, Martinus, Jacobus et Hugolinus, que Frédéric premier mit dans son Conseil, ce pacte fut autorisé parce que les successions féodales furent regardées comme des successions militaires, et

(1) *Tr. des instit. contract.*, t. I, chap. 1, n° 22.

(2) Code, loi 19, de pactis.

les possesseurs de fiefs, qui dans ce temps-là faisaient tous profession des armes, comme des soldats dont les dernières volontés, de quelque manière qu'elles fussent exprimées pourvu qu'elles fussent écrites, étaient regardées dans le droit romain comme des testaments s'ils y avaient persévéré jusqu'à la mort. Il est vrai que chez les Romains toute volonté des soldats, quoique rédigée par écrit et qu'ils y eussent persévéré jusqu'à la mort, n'avait force de testament que quand ils l'avaient rédigée par écrit *super ultimo vitæ spiritu*. Mais on franchit ce pas... » (1). Et c'est alors que, généralisant le pacte admis dans le *Livre des Fiefs*, on aurait tiré la théorie des institutions contractuelles : « Quand on eut admis les pactes par lesquels les pères nobles qui passaient en secondes noces excluaient de leurs successions les enfants qu'ils avaient de leurs seconds mariages, on admit aisément les pactes par lesquels on disposait de la succession en faveur de ceux qui se mariaient ou de leurs enfants. Et c'est ainsi que les institutions contractuelles se sont introduites, d'abord entre les nobles ou les personnes de guerre et ensuite entre les roturiers... »

Cette théorie, qui est également celle de Lebret dans ses *Décisions*, doit être rejetée sans hésitation. Et d'abord, au point de vue purement doctrinal, il n'existe aucune assimilation possible entre la constitution précitée des empereurs Dioclétien et Maximien et les institutions contractuelles d'héritier. Dans le premier cas, il s'agit purement et simplement d'un testament militaire, réciproque, nous le voulons bien, mais qui n'en reste pas moins un testament, c'est-à-dire un acte révocable *ad*

(1) *Tr. des inst. contr., loc. cit., n° 23.*

mutum par le testateur. C'est d'ailleurs ce que fait très bien observer Cujas ; « *Rata est hæc pactio, non quasi pactio, sed quasi ultima voluntas, quod consentit cum constitutionibus imperatorum quæ jura singularia in testamentis militum constituerunt et statuerunt ut quælibet voluntas militis esset pro testamento* » (1). Le but des empereurs n'est pas de valider une convention irrévocable (le texte en fait foi puisqu'il exige que le disposant persévère dans sa volonté jusqu'au dernier soupir) mais bien de dispenser les soldats de l'observation de toute forme solennelle. De cette simple remarque nous devons conclure qu'il est peu probable qu'un testament révocable ait donné naissance à l'institution contractuelle qui ne l'est pas et qui, par conséquent, en diffère d'une façon essentielle. Et puis, en tenant pour vraie cette origine, ne pourrions-nous pas conclure que l'institution contractuelle a dû être admise de tout temps, au moins entre nobles, dans les pays de droit écrit où l'on n'a jamais cessé de suivre les lois romaines ? Et pourtant, c'est là le contraire de la vérité historique ; tous nos anciens auteurs, et E. de Laurière lui-même, s'accordent à dire que ce mode de disposition, essentiellement contraire aux principes du droit romain, a tout d'abord fait son apparition dans les pays coutumiers ; E. de Laurière prétend même que cette apparition n'eut lieu qu'assez tard. Cette assertion d'ailleurs est nécessaire à l'établissement de sa théorie, mais nous ne saurions l'adopter, car elle est contraire à la réalité des faits.

Il est possible que les rédacteurs du *Livre des Fiefs*

(1) *Opera*, Paris, 1637, sur la loi 19, au Code, *de pactis*.

se soient en fait inspirés de la constitution des empereurs Dioclétien et Maximien pour cimenter les institutions contractuelles dans le système féodal, mais il est un point hors de doute, c'est que ces institutions étaient reçues et pratiquées avant le ^{xn}^e siècle, époque de la rédaction du *Livre des Fiefs*. Il suffit, pour s'en rendre compte, d'examiner les documents de notre très ancien droit, et principalement les vieux cartulaires. C'est ce que nous allons voir au chapitre suivant, en étudiant l'histoire des institutions contractuelles depuis leur origine jusqu'à la rédaction des coutumes. Remarquons ici cependant, avec M. Eschbach (1), combien nos anciens auteurs ont étudié d'une façon toute superficielle les documents juridiques de l'époque barbare. Le vague de leurs notions sur l'histoire de l'institution contractuelle vient de l'imperfection de leurs connaissances sur tout ce qui touche à nos origines nationales et à la législation des conquérants germains. Notre surprise est parfois grande de voir comment des auteurs, d'ailleurs éminents, ont négligé les sources et méconnu les documents originaux du droit coutumier. C'est ainsi que Cujas, Ricard, Lebrun, E. de Laurière et même, à une époque plus rapprochée de nous, Merlin et Laferrière parlent sans cesse de la loi salique, d'après le titre du *Livre des Fiefs* qui traite du mariage *ad morganaticam* et que nul n'a pensé à rechercher dans cette loi même des traces possibles (et réelles, nous le verrons) de l'institution contractuelle. Bien plus, nous trouvons dans une plaidoirie de Danty, insérée dans un vieil ouvrage

(1) *Revue critique de législation et de jurisprudence*, année 1840, p. 139 et 140.

intitulé *Journal du Palais* (1), cette affirmation audacieuse : « Si Godefroy et M. Cujas ont dit que les institutions contractuelles tiraient leur origine de la loi salique, ils ont entendu parler de la loi des Fiefs *cap. un. : de filiis natis ex matrimonio ad morganat. contract.*, étant certain qu'il n'y a aucun texte dans ce que nous avons de la loi salique qui parle d'une institution d'héritier... et on serait peut-être bien empêché de rapporter un exemple d'une institution contractuelle antérieure à la loi des Fiefs ci-dessus citée... » !

SECTION II

L' « ADOPTIO IN HEREDITATEM » DANS LES LOIS BARBARES

Si l'examen de la législation romaine ne nous permet pas d'y voir la moindre trace d'une institution analogue aux conventions de succéder, il n'en est pas de même de l'étude des lois barbares.

Tacite nous apprend que le testament était inconnu chez les Germains : « *Heredes tamen successorum cuique liberi et nullum testamentum...* (2) », et comme il ne fait allusion par ailleurs à aucun autre mode de disposer, il est à présumer que toute succession était alors dévolue *ab intestat*; mais cet état de choses dut se modifier lorsque la propriété familiale eut fait place, chez les Germains, à une propriété plus individuelle. Cependant, au moment où ils envahissent le vieux monde

(1) Paris, 1755, t. II, p. 958.

(2) *De situ, moribus et populis Germaniæ*, Paris, 1820, édit. Le-maire, chap. xx.

romain, les barbares ne se sont pas élevés encore à la conception romaine du testament. En effet, comme le fait remarquer M. Auffroy : « le testament est une création singulièrement audacieuse et l'habitude seule nous empêche d'en remarquer la hardiesse : l'homme est mort et sa volonté produit encore des effets de droit ; on conserve au défunt une énergie juridiquement active et féconde. Ce n'est pas une conception naturelle qui germe spontanément dans l'esprit humain. Elle ne peut naître que dans certains milieux, elle implique une civilisation déjà savante... (1) ». Aussi ne trouve-t-on jamais le testament à l'origine des civilisations. A Rome même on n'est pas arrivé du premier coup à le concevoir dans sa forme et avec son caractère véritable. Le testament *calatis comitiis* et même celui *per æs et libram* qu'étaient-ils autre chose au début qu'une transmission entre-vifs et une transmission irrévocable ? C'est pourquoi nous ne devons pas nous étonner si le testament n'est mentionné ni dans la loi salique, ni dans la loi ripuaire, ni dans la plupart des autres lois barbares. Par contre, ces lois connaissent des modes de transmission qui peuvent suppléer jusqu'à un certain point à l'absence de testament. Deux de ces modes de disposer nous intéressent tout spécialement, parce qu'ils renferment les caractères essentiels des institutions contractuelles : l'*affatomie* des lois salique et ripuaire et le *thinx* de la loi lombarde.

(1) *Évolut. du testam. en France.* Paris, 1899, tit. II, chap. 1, p. 133.

§ 1. — *Affatomie.*

I. Sous le nom d'affatomie (1), le chapitre XLVI de la loi salique (2) et le chapitre XLVIII de la loi ripuaire réglemen-

(1) Ce mot affatomie *affatomia* est celui qui est employé par la *lex salica emendata* et le capitulaire de 819 sur la loi salique, et les auteurs s'en servent généralement pour désigner l'institution dont nous traitons ici. Il faut noter cependant que les diverses rédactions de la loi salique donnent des versions fort différentes : *acfatmire*, *hac framire*, *hac famirem*, *adhramire*, *adfatomire*, *achramire*, *adfactamire*, *afetumie*, etc... On a donné de ces divergences beaucoup d'explications; la plus plausible semble celle de Pardessus. D'après lui les différents manuscrits de la loi salique que nous possédons ne seraient que la traduction d'un original fait dans la langue nationale, et la plupart des variantes tiendraient à des fautes de copistes. Cependant il admet que ces variantes se ramènent à deux souches principales : *adhramire* et *affatomia* : « D'abord tout consentement, quel qu'il fût, était appelé *adhramitio* et l'action de l'énoncer *adhramire*... Ensuite on voulait avoir un mot particulier pour désigner les conventions relatives à la transmission de propriété, et ce mot fut *affatomia*, au moyen de quoi le mot *adhramire*, d'abord générique fut conservé pour désigner les promesses qui avaient pour objet autre chose qu'une transmission de propriété, tels que les engagements de paraître en justice, de présenter des témoins, de venir faire un serment, de cautionner, de se rendre séquestre, etc... En effet, à une époque où les mots *affatomia*, *adfatus* étaient très usités pour désigner les traditions, le chapitre XV du troisième capitulaire de 813 emploie *adhramire* pour indiquer un cautionnement et le chapitre XIV du deuxième capitulaire de 809 et du premier capitulaire de 819 pour énoncer la promesse de venir faire un serment. » (*Loi salique*, dissertation 11^e).

Quant à l'étymologie du mot *affatomia*, elle est assez obscure. Du Cange le fait venir de *affuri* parce qu'il s'agit ici d'une convention verbale. Eichhorn, dans son *Histoire du droit germanique* le fait au contraire dériver de l'anglo-saxon *facdhem* qui signifie *sinus*.

(2) C'est le chapitre XLVIII de la *lex emendata*.

tent une institution dont les formalités rappellent à la fois les deux anciennes formes du testament romain : le testament *calatis comitiis* et le testament *per æs et libram* et qui tient, quant au fond, de la donation, du testament et de l'adoption tout ensemble (1). C'est une sorte d'adoption ayant pour but non pas de faire entrer l'adopté

(1) Voici le texte de cette loi salique, chap. XLVI : « De hac famirem : Hoc convenit observare ut thunginus aut centenarius mallo indicant et scutum in illo mallo habere debent et tres homines tres causas demandare debent. Postea requirunt hominem qui ei non perteneat et sic fistucam in laisum jactet. Et ipse in cujus laisum fistucam jactavit, de furtuna sua dicat verbum quantum voluerit aut totam furtunam suam cui voluerit dare. Ipse, in cujus laisum fistucam jactavit, in casa ipsius manere debet, et hospites tres vel amplius collegere debet, et de facultatem quantum ei creditum est in potestatem suam habere debet. Et postea ipse cui isto creditum est ista omnia cum testibus collectis agere debet. Postea, aut ante rege aut in mallo illius, cui furtuna sua depotavit reddere debet, et accipiat fistucam in mallo ipso. Ante XII menses, quos heredes appellavit in laisum jactet nec minus nec majus nisi quantum ei creditum est. Et si contra hoc aliquis aliquid dicere voluerit, debent tres testes jurati dicere quod ibi fuissent in mallo quem thunginus aut centenarius indixerit et quomodo vidissent hominem illum qui furtuna sua dare voluerit in laisum illius jam quem elegit fistucam jactare : nominare debent denominatim illo qui furtuna sua in laiso jactat et illo quem heredem appellit similiter nominet. Et alteri tres testes jurati dicere debent quod in casa illius qui furtuna sua donavit ille in cujus laisu fistuca jactata est ibidem mansisset et hospites tres vel amplius ibidem collegisset et in beodum pultis manducassent et testes collegissent et illi hospites ei de susceptione gratias egissent. Ista omnia illi alii testes jurati dicere debent et hoc quod in mallo ante regem vel legitimo mallo publico ille qui accepit in laisum furtuna ipsa aut ante regem aut in mallo publico legitimo hac est in mallobergo ante theoda aut thunginum furtunam illam quod heredes appellavit publice coram populo fistucam in laiso jactasset, hoc est novem testes ista omnia debent adfirmare. »

dans la famille de l'adoptant, mais de lui donner sur les biens de ce dernier un droit de succession irrévocable. Elle était pratiquée par les princes eux-mêmes et se faisait avec beaucoup de solennité. Grégoire de Tours nous a conservé le récit de l'adoption de Childebert, roi d'Austrasie, par son oncle Gontran : « ...Rex Gunthramnus, data in manu regis Childeberti hasta ait : Hoc est iudicium quod tibi omne regnum tradidi. Ex hoc nunc vade et omnes civitates meas tanquam tuas proprias sub tui juris dominationem subijce. Nihil enim facientibus peccatis de stirpe mea remansit, nisi tu tantum qui mei fratris es filius. Tu enim hæres in omni regno meo succede ceteris exhæredibus factis ». Puis, ajoute l'historien, le roi prit à part Childebert et lui indiqua ceux en qui il pourrait avoir confiance et ceux dont il devrait au contraire se méfier. « Deinde, cum ad convivium convenissent, cohortabatur Guntchramnus rex omnem exercitum dicens : Videte, o viri, quia filius meus Childebertus jam vir magnus effectus est. Videte et cavete ne eum pro parvulo habeatis. Relinquit nunc perversitates atque præsumptiones quas exercetis, quia rex est cui vos deservire debetis » (1). On cite également l'adoption d'Odoacre, roi des Hérules, par Théodoric, roi des Ostrogoths, rapportée par Cassiodore, secrétaire de ce prince : « Regi Erulorum Theodorus rex : Per arma fieri posse filium grande inter gentes constat esse præconium, quia non est dignus adoptari nisi qui fortissimus meretur agnosci. In subole fræquenter fallimur ; ignavi autem esse nesciunt quos iudicia pepererunt. Hi enim, gratiam non de natura, sed de solis meritis habent,

(1) Gregor. Turon. episcop., *Histor. Francor. lib. dec.*, Paris, 1610, lib. VII, cap. 33.

quando vinculo animi obligantur extranei et tanta in hoc actu vis est ut prius se velint mori quam aliquid asperum patribus videatur infligi. Et ideo, more gentium et conditione virili filium te præsentî munere procreamus ut competenter per arma nascaris qui bellicosus esse dinosceris. Damus tibi quidem equos, enses, clipeos et reliqua instrumenta bellorum : sed quæ sunt omnis modis fortiora, largimur tibi nostra judicia... » (1). Mais il est bon de noter qu'il y a là une adoption véritable, tandis que dans le premier cas il s'agit d'une simple transmission du droit de succéder ou *adoptio in hæredem* (2).

Même faite par un simple particulier, cette « *adoptio in heredem* » exige un grand nombre de formalités, comme on peut s'en convaincre en jetant les yeux sur le chapitre XLVI de la loi salique.

La première condition exigée pour la validité de l'opération juridique dont il s'agit, est qu'elle soit faite dans le *mâl*. Lorsqu'un Franc veut faire un héritier, il doit tout d'abord faire part de son intention au *tunginus* ou centenier. Celui-ci lui fixe un jour pour comparaître au *mâl* : on arbore un bouclier, signe matériel du caractère légal de l'assemblée, puis on appelle trois causes. Après ces préliminaires, le donateur procède à la transmission de son patrimoine au moyen de formalités symboliques. Il prend un fétu de paille ou de bois, *festuca*, et en présence de trois témoins, le jette à la poitrine, non pas de celui qu'il veut gratifier, mais d'un tiers qui

(1) Cassiod. epist., *Monum. german. histor.*, in 4^o, lib. IV, epist. 2.

(2) On peut voir à l'appui de cette théorie une dissertation insérée dans les *Mémoires de l'Académie des Inscriptions et Belles-Lettres*, tome XXI, année 1747, p. 76 et suiv.

sert ici d'intermédiaire; en même temps, il déclare combien il veut donner de ses biens et quel doit être le bénéficiaire définitif. Ceci fait, le tiers se rend dans la maison du disposant et là il agit en maître : il reçoit trois hôtes ou un plus grand nombre, les fait asseoir à sa table et reçoit l'expression de leur reconnaissance. Tout cela doit se passer en présence de trois nouveaux témoins qui pourront ainsi certifier qu'il y a eu prise de possession réelle. Le tiers restitue ensuite le patrimoine au donateur, soit en présence du roi, soit dans le mâl royal et reçoit à nouveau la *festuca* (1).

Mais ce n'est pas tout, dans les douze mois qui suivent, une nouvelle transmission doit avoir lieu, toujours dans le mâl et en présence de trois témoins au minimum. Cette fois, c'est le tiers qui jettera la *festuca* dans le sein du véritable donataire, lui transmettant ainsi tous les droits qu'il avait d'abord reçus du donateur.

(1) Quel est le but de cette nouvelle cérémonie ? Pourquoi refaire devant le roi ce qui a été fait déjà au mâl du *tunginus* ? Sohm, dans ses notes sur le chap. XLVIII de la loi ripuaire, nous en donne l'explication. Toute hérédité vacante revenait normalement au peuple; c'est pourquoi l'*affatomie* était subordonnée à la permission du peuple. Il s'ensuit que la cérémonie commencée devant le centenier doit être parfaite devant le peuple et sanctionnée par lui. Cette interprétation peut être corroborée par le texte du chap. XLVI qui parle d'abord du mâl du centenier et ensuite du mâl royal. La loi salique porte, il est vrai *aut ante rege aut in mallo illius*, présentant ainsi l'*affatomie* faite devant le roi comme équivalente à celle faite devant le peuple assemblé, mais cela s'explique aisément, puisque le roi était le chef et le représentant du peuple. C'est en cette qualité que les hérédités vacantes lui étaient déférées, et c'est au nom du peuple qu'il les recueillait; aussi son consentement suffisait-il à valider les *affatomies*.

Comme nous l'avons vu, on doit appeler trois témoins à chaque phase de l'opération, et en cas de contestation ces témoins, après avoir prêté serment, jureront que tout s'est bien passé conformément à la loi (1).

II. La première question qui se pose à propos de l'affatomie est la suivante : quelle est la nature de cette institution juridique ? Cette question est intimement liée à cette autre : quel est le rôle de l'intermédiaire que la loi salique place entre le disposant et le gratifié ? Et la réponse varie avec l'interprétation que l'on donne à la phrase : « *Ante XII menses, quod heredes appellavit in laisum jactet...* » D'après M. Heusler (2) et M. Viollet (3) la transmission faite par l'intermédiaire au véritable gratifié n'a lieu que postérieurement à la mort du donateur. Le délai de douze mois qui lui est imparti ne commence à courir qu'à compter du jour du décès. Dès lors, le droit de l'institué ne prend naissance qu'en ce jour ; jusque-là le gratifié n'a aucun pouvoir sur les biens du donateur. Par contre, aussitôt que la transmission lui a été faite par le tiers, il devient propriétaire au même titre que son auteur. Le tiers, dans ce système a un caractère nettement déterminé, bien que tout à fait étranger aux conceptions romaines ; il n'a pas reçu de l'in-

(1) V. Glasson, *Le droit de success. dans les lois barb.* (Nouvel. Rev. histor. de droit franç. et étrang., année 1885) ; Dareste, *Compte rendu sur un ouvrage de M. Thonissen consacré à l'étude de l'Organis. judic. dans la loi salique* (Journ. des Sav., année 1883, p. 586 et suiv.) ; Auffroy, *Évol. du testam. en France*, tit. II, chap. II, p. 149.

(2) *Instit. des Deutsch. Privatrechts*, Leipzig, 1885-86, tome I, p. 215, note 2.

(3) *Histoire du droit privé*, Paris, 1893, p. 863, note 1.

stituant la propriété du bien donné, mais un droit *sui generis* : « Le disposant, dit M. Heusler, n'est pas sorti de son bien; même, c'est à peine s'il l'a abandonné pendant que le *salmann* (1) habitait temporairement sa demeure. La signification juridique de la remise faite au *salmann*, c'est plutôt de lui donner pouvoir pour procéder à une transmission ultérieure à la place du *de cujus*... Le *salmann* n'est lui-même qu'une sorte de tuteur... Il est établi tuteur sur le bien; voilà le sens du droit fiduciaire qu'on lui accorde, et il reçoit du même coup l'autorisation d'étendre sa saisine sur le bien au moment fixé par la donation définitive et en vue de cette donation » (2).

Le donateur conserve donc jusqu'à sa mort la propriété et la jouissance du bien donné, et même, d'après M. Heusler, il peut révoquer le *salmann*. Celui-ci n'a pas d'autre fonction et d'autre droit que de transmettre à l'institué les biens du donateur quand celui-ci sera mort.

Mais l'interprétation donnée par M. Heusler à la loi salique ne semble pas devoir être adoptée. En effet, elle est absolument contraire au texte de la loi. Celle-ci dispose simplement que la transmission faite par l'intermé-

(1) Les auteurs donnent généralement ce nom à l'intermédiaire dont parle la loi salique. On rapproche en effet cet intermédiaire des *salamanni*, *salmans* du Moyen Age, sortes d'exécuteurs testamentaires chargés d'effectuer les traditions et de veiller à l'accomplissement des dernières volontés du testateur. Pardessus, *Loi salique*, note 543; Auffroy, 1^{re} part. tit. II, p. 148; Heusler, *Inst. des deutsch, Privatr.*, tome I, p. 217.

(2) Heusler, *loc. cit.*, rapporté par M. Auffroy, 1^{re} part., tit. II, chap. II, p. 155.

diaire doit avoir lieu dans les douze mois et rien ne nous autorise à ajouter : après la mort du disposant. M. Heusler invoque, il est vrai, la phrase suivante du chapitre XLVI : « *Et si contra hoc aliquis aliquid dicere voluerit, debent tres testes jurati dicere quod ibi fuissent in mallo quem thunginus aut centenarius indixerit...* » Si l'on exige des témoins pour déposer de ce qui s'est passé au premier mál, c'est, dit-il, que le donateur est mort, car autrement il suffirait de s'en rapporter à lui. Mais, comme le fait remarquer M. Auffroy, la réponse est des plus faciles ; d'abord, le testateur peut être mort avant l'expiration des douze mois qui suivent la première transmission, ou bien absent, malade, fou ou empêché pour une raison quelconque d'assister au mál où se fait la seconde transmission. Bien plus, et c'est là probablement où se montrera surtout l'utilité des témoins, le donateur peut être de mauvaise foi et chercher à se soustraire par des manœuvres dolosives à ses premiers engagements. Les témoins appelés devront alors suppléer à son silence frauduleux ou rétablir la vérité des faits à l'encontre de ses affirmations mensongères. La loi ripuaire offre elle-même un argument contre la thèse de M. Heusler. Dans son chapitre XLVIII, elle réglemente elle aussi le contrat d'affatomie, mais les formalités sont très simples : donateur et, donataire traitent directement sans l'intermédiaire de personne. Ils se présentent ensemble devant le roi, et, par une tradition ou la rédaction d'un écrit, terminent tout en une seule séance. Ici le doute n'est donc pas possible, c'est du vivant même de l'instituant que le gratifié acquiert son titre héréditaire. « Pourquoi, dit M. Auffroy, ce qui est la règle d'après la loi ripuaire serait-il une impossibilité d'après

la loi salique? On ne s'expliquerait pas la disparition du salmann, s'il avait été le trait d'union entre deux personnalités dont l'une ne pouvait entrer en scène qu'après la mort de l'autre. Dans ces conditions, sa fonction eût été indispensable et la loi ripuaire aurait dû le maintenir » (1).

Nous admettons donc que les douze mois commencent à courir du jour de la transmission au tiers dans le mal royal. Le tiers n'est plus, dans cette hypothèse, qu'un intermédiaire analogue au *familiæ emptor* du testament *per æs et libram*. C'est à lui qu'en apparence on transfère l'hérédité, et cependant il ne doit pas la garder, il n'est en réalité qu'un dépositaire chargé de la rendre au véritable gratifié. Pas plus que le *familiæ emptor*, le salmann ne devait être révocable, car la loi n'en parle pas et normalement on ne peut reprendre un droit réel concédé purement et simplement; par conséquent nous rejetterons encore l'opinion de M. Heusler sur ce point. Mais nous nous trouvons en face d'une difficulté très grande. Quelle est dans notre système la raison d'être du salmann? A quoi bon cet intermédiaire? La réponse est difficile. D'après M. Auffroy, elle se trouve dans la constitution de la famille et de la propriété germaniques. « On ne se résignait qu'avec peine à tolérer la création artificielle d'un héritier. Celui qui voulait en venir là devait s'enlever d'abord, à lui-même et à sa famille, une partie de ses droits, les extérioriser en les groupant aux mains d'un tiers avant qu'ils pussent se fixer sur la tête du bénéficiaire ultime. A Rome, trois mancipation successives étaient requises pour briser

(1) Auffroy, *loc. cit.*, p. 152.

définitivement le lien qui rattachait le fils au père ; qui sait si chez les Germains on n'estimait pas une double aliénation nécessaire pour priver la famille des droits qu'il s'agissait de remettre au nouvel héritier?... » (1).

Quoi qu'il en soit, il y a là un usage général dans le droit primitif : entre les deux parties, on trouve toujours un tiers qui les lie l'une avec l'autre et qui joue lui-même le rôle de caution ou de garant (2).

Quel est maintenant, dans notre système, la nature du droit conféré au donataire ? Nos anciens auteurs ont cru qu'il y avait là une adoption véritable ; ils ont été principalement amenés à professer cette opinion par le chapitre XLVIII de la loi ripuaire qui traite de cette institution sous le nom d'*adoptio in hæreditatem* (3). Mais il faut prendre garde que dans le latin de cette époque *adoptare in hæreditatem* signifie tout simplement *hæredem instituere*. Et ce qui démontre péremptoirement l'exactitude de cette assertion, c'est que cette même loi ripuaire permet à l'un des époux de faire une affatomie au profit de l'autre : *sive vir mulieri, vel mulier viro*. Dans l'opinion précédente, il faudrait donc en venir à cette absurdité que le mari pouvait adopter sa femme et la femme son mari.

La vérité est qu'ici l'idée de filiation était reléguée au second rang et ne servait qu'à justifier l'institution d'héritier. Le but poursuivi n'était pas, comme dans

(1) Auffroy, *loc. cit.*, p. 158.

(2) V. Pardessus, *Loi salique*, note 543 ; Dareste, *Compte rendu sur l'Organisation judiciaire* par Thonissen, *Journ. des Sav.*, ann. 1883, p. 586 et suiv.

(3) V. notamment E. de Laurière, *Tr. des instit. contr.*, tome I, chap. I, n° 13.

l'adoption romaine, de faire entrer l'adopté dans la famille de l'adoptant et de créer entre eux, à tous les points de vue, des rapports de père à fils, mais seulement de donner au premier un droit successoral sur les biens du second (1).

D'autre part, malgré le nom d'*hæres* donné à l'adopté, l'affatomie ne peut être assimilée au testament, puisqu'elle crée un droit irrévocable; nous sommes donc autorisés à la considérer comme une sorte d'institution contractuelle, car elle en a les caractères essentiels. Comme l'institution contractuelle, elle fait un héritier; comme elle, elle est irrévocable; on peut même soutenir qu'il y a contrat, car si l'écriture manque, nous trouvons le jet de la *festuca* et l'hospitalité donnée par l'*accipiens* et ces éléments constituent la preuve matérielle du concours de volontés. Dans la loi salique, il est vrai, l'affatomie suppose une tradition immédiate et cela est contraire à la nature de l'institution contractuelle; mais nous verrons tout à l'heure que la loi ripuaire, qui est postérieure à la loi salique, constate un progrès dans ce sens.

Il nous faut voir maintenant quels sont les effets produits par l'affatomie. Nous avons dit qu'il n'y avait là qu'une adoption partielle, c'est-à-dire que les parties n'entendaient créer entre elles des rapports de filiation qu'au point de vue successoral exclusivement. Il en résulte tout au moins que l'*accipiens* est à ce point de vue

(1) V. Beseler, *Die Lehre von des Erbverträgen*, tome I, p. 48 et suiv. et p. 106; Eschbach, *Revue crit. de lég. et de jurispr.*, ann. 1840, p. 132; Heusler, *Instit. des deutsch. Privatr.*, loc. cit.; Auffroy, *Evolut. du test. en France*, loc. cit., p. 149; du Plessis de Grenédan, *Hist. de l'autor. patern.*, II^e part., chap. iv, p. 289.

spécial dans la situation d'un fils du disposant ; il a donc tous les droits d'un héritier présomptif, et même cette espèce de copropriété que les usages germaniques accordent aux enfants dans la terre ancestrale (1). Nous en concluerons qu'il pourra critiquer les aliénations de propres faites sans son concours par l'adoptant (2). A la mort de ce dernier, il lui succédera comme un fils par le sang et prendra possession de tous les biens qui lui ont été transmis par affatomie.

Mais *quid* si l'institué vient à mourir avant l'instituant ? La loi salique ne prévoit pas le cas, mais le chapitre vi du capitulaire de 803, *legibus additum*, dispose : « Si vero aliquis alii res suas tradiderit et in hoste profectus fuerit, et ille cui res traditæ sunt interim mortuus fuerit, adhibitis testibus coram quibus traditio facta est, res suas recipiat... » L'institution est donc révoquée par le prédécès de l'institué. La loi salique est muette également sur le point de savoir ce qu'il faut décider quand le donateur est frappé de mort civile postérieurement à l'institution ; mais le chapitre vi du capitulaire de 819, *legi salicæ additum*, vient combler cette lacune : « Judicatum est ab omnibus ut si Francus homo in servitio sua sponte implicaverit se, ut si res suas, dum in libertate sua permanebat, ad Ecclesiam Dei aut cuilibet legibus tradidit, ipse cui traditæ fuerint eas habere et tenere possit... » L'institution s'ouvre par la mort civile de l'instituant. Les solutions apportées

(1) Auffroy, *loc. cit.*, tit. II, chap. III, p. 167 et suiv. ; du Plessis de Grenédan, *loc. cit.*, II^e part., chap. II, p. 264 et suiv. ; Kœnigswarter, *Rev. crit. de lég. et de jurispr.*, ann. 1844, p. 324.

(2) V. en ce sens Pardessus, *Diplomata*, II, p. 299, 416, 426 ; v. égal. Krause, *Capitularia, Capit. Carisiac.*, p. 357.

par les capitulaires de 803 et de 819 offrent de nouveaux points de contact entre l'affatomie et l'institution contractuelle proprement dite.

III. Qui peut faire un héritier par affatomie? La loi salique ne nous apprend rien à ce sujet; mais nous savons qu'en général les lois barbares, pas plus que la loi romaine, n'accordaient aux esclaves le droit de transmettre par donation ou succession; si les enfants de l'esclave conservaient le plus souvent la jouissance du pécule de leur père, c'était en vertu d'une concession gracieuse du maître. Les affranchis barbares ne pouvaient tester non plus, mais plus favorisés que les esclaves, il leur était permis de recourir à la donation ou à l'affatomie pour transmettre leurs biens. C'est du moins ce qu'on peut induire *a contrario* du texte suivant: « De his qui a litterarum conscriptione ingenui fuerint, si sine traditione mortui fuerint, hereditas eorum ad opus nostrum recipiatur... » (1). De même dans les formules de Rozière nous trouvons un diplôme par lequel Louis le Pieux accorde à un affranchi de son père un privilège en vertu duquel, s'il venait à être surpris par la mort « sans avoir pu faire tradition de ses biens ou en disposer avec les solennités exigées par la coutume », ses enfants ne les recueilleraient pas moins, grâce à cette concession spéciale du pouvoir royal (2).

Les ingénus pouvaient-ils disposer par affatomie de la totalité de leur patrimoine? Le titre 46 de la loi salique semblerait le donner à entendre, car il est dit du

(1) V. Boretius, p. 171: *Capitulare Aquisgranense*, chap. vi.

(2) Rozière, n° 121 (*Form. Carpent.*, 52). — V. du Plessis de Grenédan, *Hist. de l'autor. patern.*, II^e part., chap. v, p. 309 et 310.

donateur : « De fortuna sua dicat verbum quantum voluerit aut totam fortunam suam cui voluerit dare. » De plus, une charte du comte Engelbert, en date de 709, revendique une entière liberté de tester en se fondant tant sur les lois romaines que sur les coutumes franques : « Dum leges et jura sinunt et conventio Francorum est ut de facultatibus suis quisque quod facere voluerit liberam habeat potestatem... » Pardessus dit à ce propos qu'on n'éprouva peut-être pas le besoin de réglementer la liberté du père de famille tant que le testament fut inconnu, parce que le caractère d'irrévocabilité de l'affatomie était un sûr garant contre l'abus qu'on en aurait pu faire. Cependant il ajoute qu'il est possible d'un autre côté que la charte précitée n'envisage que le cas où le disposant ne laisse pas d'enfants (1). Nous croyons que c'est là la véritable solution, et il faut expliquer de même la disposition du titre 46 de la loi salique; nous verrons d'ailleurs que la loi ripuaire déclare formellement que l'affatomie n'est permise qu'aux personnes sans enfants.

Cette solution est conforme à l'organisation de la propriété chez les peuples germains. Le communisme originnaire avait fait place peu à peu à la propriété familiale; en cessant d'être pasteurs et nomades, en se fixant sur les territoires conquis pour y vivre de la vie sédentaire, les envahisseurs avaient senti le besoin d'un commencement d'appropriation. « Chaque famille, dit M. du Plessis de Grenédan, se fixa au sol, mais ne pos-

(1) V. du Plessis de Grenédan, II^e partie, chap., n, § 2; G. Albert, *La liberté de tester*, IV^e partie, chap. III, sec. 2, p. 416 et suiv.; Pardessus, *Dissertation sur la loi salique*, p. 720.

séda tout d'abord en propre que l'habitation de ses membres et la cour qui lui servait de dégagement. Au delà de cette enceinte close par une haie et dont un sillon sacré avait d'abord marqué les limites, la terre était commune. Peu à peu l'on s'appropriä un domaine plus vaste sur lequel la collectivité à laquelle la famille appartenait n'eut plus aucun droit » (1). Cette notion de la copropriété familiale était en harmonie avec la constitution de la famille franque dont tous les membres étaient unis par des liens étroits de solidarité et qui formait une société parfaite. Attachés aux mêmes traditions, vivant de la même vie et sous le même toit, les membres d'une même famille obéissaient au même chef, possédaient en commun et exerçaient ou payaient les uns pour les autres le droit de vengeance.

Cette conception de la famille et de la propriété devait nécessairement restreindre les droits du père de famille sur le patrimoine commun. Le chef de famille n'était pas en effet, comme à Rome, un maître souverain, mais seulement le premier de la famille; chef désigné par l'âge, son pouvoir sur les plus jeunes était un pouvoir de protection, ses droits sur la *terra aviatica*, ceux d'un administrateur. Sans doute son administration pouvait s'exercer librement dans des limites fort larges, mais n'étant pas propriétaire exclusif, il ne pouvait disposer seul du bien transmis par les ancêtres. C'est là que certains auteurs ont voulu trouver l'explication et la raison d'être du « *nullum testamentum* » de Tacite; mais il convient d'observer à l'encontre de cette opinion que

(1) Du Plessis de Grenédan, *loc. cit.*, II^e part., chap. v, p. 317.

les testaments étaient ignorés même des personnes qui n'avaient ni enfants ni famille. Quoi qu'il en soit, cette conception du rôle du père de famille et de ses droits sur le patrimoine commun s'accorderait mal avec une théorie qui lui reconnaîtrait le droit absolu d'instituer un héritier par affatomie et de lui transmettre tous ses biens au détriment des enfants et de la famille. Aussi doit-on supposer qu'il n'en était pas ainsi dans la loi salique.

Les parents du donateur avaient-ils le droit de faire opposition? On pourrait le croire par argument des mots de la loi salique : « ... *et si contra hoc aliquis aliquid dicere voluerit* ... » M. Auffroy l'admet et dit que les parents devront soumettre leurs prétentions au second mâle qui décidera s'il convient d'en tenir compte. Si ce sont les fils du disposant qui font opposition, ils auront gain de cause; si ce sont des ascendants ou des collatéraux, l'assemblée pourra passer outre (1). Il semble plus simple, et plus conforme aussi au texte de la loi, de supposer que la phrase précitée fait allusion à une contradiction portant uniquement sur la réalité de la transmission des biens. C'est ce qu'on peut appuyer du contexte : « *Et si contra hoc aliquis aliquid dicere voluerit, debent tres testes jurati dicere quod ibi fuissent in mallo quem thunginus aut centenarius indixerit et quomodo vidissent hominem illum qui fortuna sua dare voluerit in laisum illius jam quem elegit festucam jactare* ... » Il y a là une contestation de fait qui sera dissipée par l'intervention de trois témoins qu'on a eu soin de se ménager (2).

(1) Auffroy, *loc. cit.*, tit. II, chap., II, p. 158 et 159.

(2) V. en ce sens Dareste, *Compte rendu sur l'Organ. judic.*

IV. Tandis que la rédaction de la loi salique se place entre 486 et 496, le texte de la loi ripuaire, la partie du moins qui nous intéresse, date du commencement de la seconde moitié du vi^e siècle (1). Le titre 48 de cette loi prévoit lui aussi l'affatomie, mais déjà un progrès s'est introduit dans sa réglementation (2). D'abord nous constatons que la procédure est considérablement simplifiée ; il n'y a plus lieu à de multiples jets de *festuca* comme dans la loi salique ; tout se termine en une seule séance. Puis, on a supprimé l'intermédiaire, le *salmann* ; la donation se fait maintenant directement du donateur au donataire. Enfin la loi ripuaire permet de remplacer la tradition avec toutes ses formalités symboliques par un écrit : « *per scripturarum seriem* » (3).

de la loi sal. par Thonissen, *Journ. des Sav.*, ann. 1883, p. 586.

(1) D'après M. Viollet, la rédaction des titres 1 à 32 se place entre 534 et 550, les titres 32 à 57 et 63 et 64 sont du commencement de la deuxième moitié du vi^e siècle et les titres 57 à 63 de la fin de cette deuxième moitié ; les titres 65 à 80 datent du commencement du vii^e siècle et les dix derniers titres de la première moitié du viii^e. — V. *Hist. du droit privé*, p. 106.

(2) *Lex rip.*, tit. XLVIII : « *De homine qui sine heredibus moritur* : Si quis procreationem filiorum vel filiarum non habuerit, omnem facultatem nam in præsentia Regis sive vir mulieri, vel mulier viro, seu cuicumque liber de proximis vel extraneis adoptare in hereditatem vel adfatimi per scripturarum seriem, seu per traditionem et testibus adhibitis secundum legem Ripuariam licentiam habeat. »

(3) Beseler ne croit pas que l'écrit ait pu jamais dispenser de la tradition ; mais cette opinion, contraire au texte de la loi, est rejetée par la plupart des auteurs. D'ailleurs les formules de l'époque corroborent notre interprétation de la loi ripuaire. V. Beseler, *Die Lehre von der Erbverträgen*, tome I, p. 105. — V. en sens contraire Eschbach, *Rev. crit. de lég. et de jurispr.*, ann. 1840,

Dans cet écrit, E. de Laurière et Merlin ont vu à tort un testament, car l'institution *per scripturarum seriem* était irrévocable comme celle faite *per traditionem*, ce qui est incompatible avec le caractère essentiel des dispositions testamentaires. Il y a là au contraire une raison de plus pour rapprocher l'affatomie de l'institution contractuelle, car dès maintenant elle en renferme tous les éléments nécessaires et répond à la définition que nous en avons donnée : c'est un don irrévocable de succession fait par contrat.

Nous avons dit déjà que la loi ripuaire réservait expressément la faculté d'instituer un héritier par affatomie aux seules personnes qui n'avaient pas d'enfants. Cette déduction se tire et du titre du chapitre XLVIII qui est intitulé : « *De homine qui sine heredibus moritur* » et du texte même de ce chapitre qui débute ainsi : « *Si quis procreationem filiorum vel filiarum non habuerit...* ».

Autre particularité, la loi ripuaire permet l'affatomie entre époux : « *sine vir mulieri, vel mulier viro...* » ; mais dans ce cas, les effets en sont particulièrement restreints. Le titre 49 dispose en effet : *De adfatimire* : « *Quod si adfatimus fuerit inter virum et mulierem, post discessum amborum ad legitimos heredes revertatur, nisi tantum qui parem suum supervixerit in eleemosyna vel in sua necessitate expenderit* ». Comme on le voit, le droit de l'époux survivant est purement viager ; il ne peut aliéner si ce n'est en cas de nécessité ou pour cause pie. Après sa mort, les biens qu'il tient de la libéralité

tome II, p. 132 ; Heusler, *Instit. des deutch. Privatr.*, tome I, p. 88 : Brunner, *Zur Rechtsgeschichte der römischen und germanischen Urkunde*, p. 288 et *Forschungen zur Geschichte des deutch. und französ. Rechtes*, p. 611 et suiv.

de son conjoint doivent revenir aux héritiers légitimes de ce dernier. On craignait sans doute que les époux ne se laissassent entraîner trop facilement, par suite de leur tendresse réciproque, à dépouiller leurs collatéraux, et la loi, influencée par le principe de copropriété familiale, a cru nécessaire d'y pourvoir.

§ 2. — *Thinx et Garethinx.*

On trouve dans le droit lombard une institution très voisine de l'affatomie franque; c'est le *thinx* ou *garethinx*. Ces deux mots sont à peu près synonymes et l'édit de Rotharis lui-même en donne la définition : *thinx est donatio* (1). Dans quelle forme se faisait cette donation? Les lois lombardes sont muettes là-dessus. Tout ce que nous savons, c'est qu'elle avait lieu publiquement et devant témoins (2). Ces témoins devaient être libres, et à ce propos les anciens commentateurs se posaient la question suivante : que faut-il décider si

(1) Éd. de Roth., chap. CLXXI. — Cependant on a voulu faire quelque différence entre *thinx* et *garethinx*; d'après les uns, *thinx* désigne spécialement une donation à titre particulier et *garethinx* une donation à titre universel (V. du Glenis de Grenédan, *loc. cit.*, II^e part., chap. II, p. 270). D'après les autres, *thinx* serait le terme générique et *garethinx* impliquerait ordinairement l'idée d'une donation solennelle et parfois réciproque (V. Bluhme, *Glossaire des lois lombardes*).

(2) Éd. de Roth., chap. CLXXII : « Siquis res suas alii thingare voluerit, non absconse, sed ante liberos homines ipsum garethinx faciat quatinus qui thingat et qui gisel fuerint liberi sint, ut nulla in posterum oriatur intentio. » V. Dareste, *Compte rendu* sur un ouvrage de C. Kiær consacré à l'étude de l'édit de Rotheris, *Nouv. Rev. hist.*, tome XXIV.

un témoin que l'on a cru libre se trouve ensuite être esclave? Et ils décidaient, d'après le droit romain, dans le silence de la loi lombarde, que la donation serait valable (1).

Le *thinx* pouvait être fait généralement par toute personne; cependant il y avait lieu d'excepter les esclaves (2). L'édit de Rotharis décrétait également une incapacité spéciale contre les lépreux : ils étaient frappés de mort civile à dater du jour où ils étaient isolés et n'avaient plus droit qu'à la nourriture prise sur les biens qu'ils avaient laissés (3).

Parfois le *thinx* portait sur un objet particulier, mais le plus souvent il s'appliquait soit à l'universalité soit à une quote-part du patrimoine (4). De même que l'affatomie il donne alors à l'institué la place et les droits d'un fils dans les biens du disposant : c'est une institution d'héritier véritable (5). Le donataire reçoit *hic et*

(1) C'est la solution donnée par les *Institutes* à propos du testament.

(2) Éd. de Roth., chap. CLXXII (V. *suprà*). — Dans ce texte le mot *gisel* désigne le donataire ; les textes portent aussi quelquefois *gisil*.

(3) Éd. de Roth., ch. CLXXVI : « Si quis leprosus effectus fuerit et cognitum fuerit indici vel populo certa rei veritas et expulsus fuerit a civitate, vel casa sua, ita ut solus inhabitet, non sit ei licentia res suas alienare aut thingare cuilibet personæ, quia in eadem die quando a domo expulsus est, tamquam mortuus habetur. Tamen, dum advixerit, de rebus quas reliquerit pro mercedis intuitu nutriatur. »

(4) Cependant on a contesté que le *thinx* pût porter sur une *res singula*. — V. Pappenheim, *Launegild und Garethinx*, p. 46 ; Aufroy, *Évolut. du test. en Fr.*, p. 160.

(5) Éd. de Roth., chap. CLVII, CLXVIII, CLXX et CLXXI ; L. de Liutpr., ch. cv.

nunc une vocation héréditaire irrévocable; il a un droit réel sur les biens du disposant et celui-ci ne peut l'en dépouiller pour en investir un autre. Comme le propre fils du donateur, il ne peut être privé de son titre héréditaire que s'il existe contre lui de justes causes d'exhérédation (1). Ces causes sont limitativement énumérées par l'article 169 de l'édit de Rotharis; l'exhérédation des enfants est permise : 1° s'ils attentent à la vie de leur père; 2° s'ils le frappent volontairement; 3° s'ils se rendent coupables d'adultère avec sa seconde femme.

Étant un véritable héritier, le *gisil* ou institué doit payer toutes les dettes de l'instituant, même au cas où elles dépasseraient l'actif, de même qu'il a le droit d'exiger toutes les créances et de recueillir tous les biens (2).

Notons ici que certains auteurs, allant encore plus loin, ont prétendu que le *thinx*, au moins primitivement, constituait une véritable donation entre-vifs, en-

(1) Édit de Roth., ch. CLXXIV : « Non liceat donatori ipsum thinx quod antea fecit iterum in alium hominem transmigrare, tantum est ut ille qui Garethinx susceperit tales culpas non faciat donatori suo quales solent ingrati filii parentibus suis facere per quas exheredantur quæ in hoc edicto scriptæ sunt... »

(2) Éd. de Roth., ch. CLXXIV : « ... Ipse autem qui Garethinx susceperit ab alio, quidquid reliquerit donator in die obitus sui habeat licentiam in suo dominio recolligere et debitum creditoribus reddere et ab aliis exigere et quod in fiducia positum est reddat debitum et requirat rem in fiduciæ nexu positam. » Certains ont prétendu que l'article 174 avait été abrogé *a contrario* par une loi de Liutprand qui permettait de révoquer au cas où il n'y avait pas donation mutuelle (*launegild*); d'où ils concluaient qu'avec adjonction de *launegild* le *thinx* devenait irrévocable malgré toutes les ingratitude possibles du donataire. Mais il faut remarquer que Liutprand ne vise que les donations de biens présents. — V. Pertz, *Leges Longobardorum*, éd. de Roth., chap. CLXXIV.

trainant immédiatement transfert de propriété (1). Pour étayer cette doctrine, ils se fondent sur les chapitres CLXXIII et CLXXIV de l'édit de Rotharis. Il est bien vrai que le chapitre CLXXIII défend au disposant de dissiper les biens au préjudice du *gisil*; mais cela ne saurait suffire à constituer le caractère de donation entre-vifs (2). En effet, ce qui est interdit au disposant, ce n'est pas l'aliénation en général, mais la dissipation frauduleuse : « *non dispergat res ipsas postea doloso animo* » ; il lui est, au contraire, parfaitement loisible de jouir en bon père de famille : « *fruatur eis cum ratione* ». Ces pouvoirs sont précisément ceux que nous verrons plus tard accordés au donateur dans l'institution contractuelle proprement dite. — Mais c'est surtout sur la phrase suivante que Schupfer s'appuie pour soutenir son opinion : « Et si talis ei evenerit necessitas ut terram cum mancipiis aut sine mancipiis vendere aut loco pigneris ponere debeat, dicat prius illi cui thingavit : Ecce vides quia necessitate compulsus res istas vado dare ; si tibi videtur, subveni mihi et res istas *conserva* in tua potestate. Tunc si noluerit ei subvenire, quod alii dederit sit illi stabile et firmum qui acceperit ». Il s'agit bien ici, dit-il, d'une donation entre-vifs, puisque, faute de mettre en demeure l'institué, selon les dispositions de la loi, la vente faite par le donateur, même en cas de nécessité, serait nulle et non avenue aux yeux de l'institué.

(1) V. notam. Schupfer, *Launegildo e Garethinx*, p. 510.

(2) É. de Roth., chap. CLXXIII : « Si quis res suas alii thingaverit et dixerit in ipso thing : lidinlaib, id est quod in die obitus sui reliquerit, non dispergat res ipsas postea doloso animo nisi fruatur

Néanmoins, cette déduction ne nous paraît pas absolument rigoureuse. La procédure décrite par le chapitre CLXXIII ne doit pas être considérée comme une exception apposée à l'irrévocabilité de la donation au profit du disposant; mais au contraire comme une faveur faite à l'institué. En cas de nécessité le donateur a droit d'aliéner les biens donnés puisqu'on ne lui défend que la dissipation frauduleuse; mais la loi, en considération de la vocation héréditaire du *gisil*, qui lui donne comme un droit de copropriété sur les biens en question, lui permet d'empêcher l'aliénation en subvenant aux besoins de l'instituant. — Quels seront désormais les droits de l'institué sur les biens faisant partie de la donation? M. Auffroy dit que le *thingatus* devient immédiatement propriétaire des biens que le *thingans* se proposait de vendre : il exercerait purement et simplement un droit de préemption (1). Pour arriver à cette conclusion il suppose avec Zimmerle qu'il y a une erreur de copiste et qu'on doit lire *conserva* et non *conservo in tuam proprietatem*. A l'objection que dans ce cas on devrait se ranger à l'avis de Scupfer, car cette version tendrait à faire supposer que le *thingatus* avait dès l'origine la propriété des biens, M. Auffroy répond que le verbe *conservare* n'a pas un sens aussi rigoureux : « il indique

eis cum ratione. Et si talis ei evenerit necessitas ut terram cum mancipiis aut sine mancipiis vendere aut loco pigneris ponere debeat, dicat prius illi cui thingavit : Ecce vides quia necessitate compulsus res istas vado dare : si tibi videtur, subveni mihi et res istas conservo in tua potestate. Tunc, si noluerit ei subvenire, quod alii dederit sit illi stabile et firmum qui acceperit. » — V. égal. chap. CLXXIV, *supra*.

(1) Auffroy, *loc. cit.*, p. 166, note 5.

simplement que le *thingatus* après avoir secouru le *thingans* acquiert la propriété complète, qu'il la conserve dans l'avenir et à jamais ». Pappenheim tient à conserver la leçon de Pertz : *conseruo in tua potestate*, mais déclare n'en pouvoir tirer parti. Il semble pourtant qu'on pourrait avec cette leçon arriver à une interprétation satisfaisante. La phrase latine reviendrait à ceci : le disposant dit au gratifié : Viens à mon aide et, au lieu de vendre mes biens comme j'en ai le droit, je les garderai afin qu'ils deviennent ta propriété. En place de recourir à une idée de préemption véritable qui suppose que le *gisil* ou *thingatus* fournit au donateur la valeur exacte des biens vendus (ce qui est contraire au texte du chapitre CLXXII) on suppose simplement que ce *thingatus* donne au *thingans* des subsides qui lui permettent de n'avoir pas à en venir à la vente de ses biens.

Un Lombard pouvait-il indistinctement *thingare* tous ses biens? — Non, les proches avaient droit à une certaine réserve; même on admet généralement que le *thinx* n'était possible qu'à ceux qui n'avaient ni fils ni père survivant (1). Le chapitre CLXVIII de l'édit de Rotharis se borne, il est vrai, à décider qu'on ne peut *thingare* à un étranger la portion des biens réservée au fils par la loi, ce qui semble impliquer le droit de disposer du

(1) Éd. de Roth., chap. CLXVIII : « Nulli liceat sine certa culpa filium suum exheredare nec quod ei per legem debetur alii thingare. » — Chap. CLXX : « Item sicut nec patribus licitum est filios suos sine justa causa aut culpa exhereditare, item nec filiis liceat vivo patre cuicumque res suas thingare aut per quemlibet titulum alienare, nisi forte filios aut filias legitimas aut filios naturales habuerit ut ipsis secundum legem conservet. » — V. inf. chap. CLXXI.

reste (1), mais les premières lignes du chapitre CLXXI impliquent une prohibition plus absolue : « Si quis se desperaverit aut propter senectutem aut propter aliquam infirmitatem corporis filios non posse habere et res suas aliis thingaverit... » De même le chapitre CLXX, en consacrant la défense de disposer d'aucune façon au préjudice du père survivant suppose cette défense au préjudice du fils : « Item sicut nec patribus licitum est filios suos sine justa causa aut culpa exhereditare, ita nec filiis... » Cependant le disposant recouvrait tous ses droits s'il existait contre le fils ou le père quelque cause d'exhérédation. De plus, il pouvait malgré son père donner ses biens à ses fils légitimes ou naturels et à ses filles légitimes pour les remplir de leur part; en effet, ne venant à la succession qu'à défaut de ces descendants, le père n'avait en leur présence aucun intérêt et portant aucun droit à empêcher la donation (2).

Mais il peut arriver que le donateur n'ayant pas d'enfants au moment du *thinx* vienne à en avoir postérieurement. Dans ce cas, la donation est tout entière révoquée s'il s'agit d'un fils légitime; s'il s'agit de filles légitimes ou de fils naturels, la donation n'est révoquée que jusqu'à concurrence de la portion que la loi leur réserve (3). Cette révocation pour cause de survenance

(1) D'après les anciennes lois lombardes, le père pouvait disposer des deux tiers de ses biens s'il avait moins de cinq fils et de la moitié s'il en avait cinq ou davantage. Une loi de Liutprand décida qu'il ne pourrait jamais disposer que d'une part d'enfant.

(2) V. *sup.*, chap. CLXX.

(3) Éd. de Roth., chap. CLXXI : « Si quis se desperaverit aut propter senectutem, aut propter aliquam infirmitatem corporis filios non posse habere et res suas aliis thingaverit, posteaque eum contigerit filios legitimos procreare, omne *thinx*, quod est donatio, quod

d'enfants est très probablement inspirée du droit romain. Quoi qu'il en soit, elle donne au *thinx* un caractère de ressemblance de plus avec l'institution contractuelle proprement dite.

SECTION III

VICISSITUDES DE L'INSTITUTION CONTRACTUELLE PENDANT LA PÉRIODE BARBARE

I. Pendant toute la période barbare, la vieille règle germanique du *nullum testamentum* persiste, au moins en principe. Pour échapper à son application, les disposants ont recours à des procédés divers; tantôt ils aliènent entre-vifs la propriété et se font retransférer la possession à titre de précaire ou de bénéfice; tantôt au contraire ils ne transfèrent la propriété que pour le temps où ils ne seront plus, se réservant la jouissance leur vie durant; beaucoup même, se servant de la terminologie romaine, emploient l'expression *deducto usu-fructu*. La plupart du temps les opérations de cette dernière catégorie dérivent plus ou moins directement de

prius fecerat, rumpatur et filii legitimi unus aut plures qui postea nati fuerint heredes in omnibus patri succedant. Si autem filias legitimas unam aut plures, seu filios naturales unum aut plures post thinx factum habuerit, habeant et ipsi legem suam sicut supra constitutum est, tanquam si nihil alii thingatum fuisset.» D'après la loi lombarde, une fille légitime ou un fils naturel avait droit au tiers des biens; deux ou plus, à la moitié. Une loi de Liutprand vint modifier cette législation et priver les fils naturels de la succession.

l'affatomie et constituent de véritables institutions contractuelles.

Quant à l'affatomie proprement dite, elle existe encore au temps de Charlemagne, car la *lex salica emendata* en fait mention; son titre 48 n'est même guère que la reproduction du titre 46 de la *lex salica* primitive (1). Cependant cette nouvelle rédaction semble supposer que le *salman* a disparu, comme dans la loi ripuaire, et que les parties traitent directement ensemble; c'est là du moins ce qu'on a cru pouvoir inférer de l'absence dans la *lex emendata* des mots *dicat cui voluerit dare*

(1) *Lex salica a Carolo magno emendata*, tit. 48 : « Hoc convenit observare ut tunginus vel centenarius mallum indicent et scutum in ipso mallo habeant et tres homines causas tres demandare debent in ipso mallo; et requiratur postea homo qui ei non pertinet et sic fistucam in laisum jactet, et ipsi in cujus laisum fistucam jactaverit dicat verbum de fortuna sua quantum voluerit dare. Postea ipse in cujus laisum fistucam jactavit in casa ipsius manere et hospites tres suscipere et de facultate sua quantum ei datur in postestate sua habere debet, et postea ipse cui creditum est ista omnia cum testibus collatis agere debet. Postea aut ante regem aut in mallo legitimo, ille cui fortunam suam depotavit ei reddere debet et accipiat postea fistucam in mallo ispo, ante duodecim menses, ipse quos heredes deputavit in laisum suum jactent, et nec minus nec majus nisi quantum ei creditum est. Et si contra hoc aliquid dicere voluerit, debent tres testes jurati dicere quod ibi fuissent in mallo ubi tunginus vel centenarius indixerunt et quod vidissent hominem illum qui fortunam dedit in laisum illius quem jam elegerat fistucam jactare et nominare illum debent qui fortunam suam in laisum electi jactavit, necnon et illum in cujus laisum fistucam jactavit et hæredem appellavit similiter nominent. Et alteri tres testes jurati debent dicere quod in casa illius hominis qui fortunam suam donavit ille in cujus laisum fistucam jactavit ibidem mansisset et hospites tres vel amplius collegisset et paviset et ei ibidem gratias egissent et in beodo suo pultes man-

et de l'ensemble de l'opération (1). Quoi qu'il en soit, la *lex emendata*, pas plus que la *lex primitive*, n'admet l'équivalence de la *scripturarum series* et de la tradition ; et sur ce point elle paraît en retard sur la loi ripuaire. Bien plus, un capitulaire de Charlemagne sur la loi ripuaire paraît ramener l'institution contractuelle aux conditions matérielles de la loi salique (2). Il semble, dit M. Eschbach, qu'en fixant sa résidence à Aix-la-Chapelle, l'empereur ait fait un retour au vieux principe germanique de l'investiture déjà abrogé à cet égard chez les Ripuaires (3). Mais il est peu probable que telle ait été l'intention de Charlemagne ; le capitulaire en question se borne à déclarer que l'institution d'héritier, qui d'après la loi ripuaire devait se faire en

ducassent et testes colligissent ista omnia. Alii tres testes jurati dicere debent quod in mallo legitimo vel ante regem ille qui acceperit in laisum suum fortunam in mallo publico, hoc est ante theada vel tunginum fortunam illam quem hæredem appellavit publice coram omnibus fistucam in laisum ipsius jactasset. Et hæc omnia novem testes debent adfirmare. » Pardessus, *Loi salique*.

(1) Il est vrai par contre que l'expression *cui creditum est* appliquée à celui qui a reçu la festuca paraît impliquer la persistance d'un intermédiaire. La vérité est qu'en face de l'incorrection de la syntaxe des barbares et devant l'incertitude des textes eux-mêmes il est fort difficile de se faire une opinion raisonnée ; on se trouve presque fatalement réduit aux conjectures. — V. Pardessus, *Loi salique*, note 543 ; Glasson, *Droit de success. dans les lois barb.* (*Nouv. Rev. hist.*, ann. 1885) ; Dareste, *loc. cit.* (*Journal des Sav.*, ann. 1883, p. 586).

(2) Ann. 803, 4^e capit. : *De lege ripuarensis*, tit. VII : « Qui filios non habuerit et alium quemlibet heredem facere sibi voluerit, coram Rege vel comite et scabinis vel missis dominicis, qui tunc ad justicias faciendas in provincia fuerint ordinati, traditionem faciat. » Baluze, I, p. 398 ; Boretius, p. 1189.

(3) Eschbach, *Rev. crit. de lég. et de jurispr.*, ann. 1840, p. 133.

présence du roi pourrait désormais avoir lieu devant le comte, les échevins et les *missi dominici*, et si le texte ne parle que du cas où l'on fait tradition, rien ne nous autorise pourtant à conclure que la *scripturarum series* n'est plus admise à la suppléer.

Il suffit au contraire de parcourir les formules de l'époque pour se convaincre que la rédaction d'un écrit était plus généralement en usage que la tradition réelle (1). Bien plus, les formalités vont se simplifiant sans cesse et on en vient parfois à supprimer même les témoins ; du moins n'en est-il pas question dans plusieurs formules (2). Cependant la tradition réelle persiste dans quelques autres (3) ; et même dans une formule que nous a conservée le moine Marculfe, toutes les formalités prescrites par la loi sont observées et l'institution d'héritier est faite en présence du roi (4).

(1) V. Rozière, formules 134 et 251. — Cependant il semble que dans cette dernière on joigne la tradition à la rédaction de l'écrit.

(2) V. not. Roz., form. 251.

(3) La formule 252 de Rozière mentionne la convocation des parties au mal devant le comte et les rachimbours : « *Donatio inter virum et uxorem :... venientes pariter illo mallo, ante illum comitem vel reliquos racineburgis, hoc per illas epistolas inter donationis visi sumus adfirmasse. Dono tibi, dulcissima conjux mea illa, post meum quoque discessum, si mihi suprestis fueris, rem meam in loco nuncupante illo, in pago illo, in centena illa...* »

(4) Roz., form. 253 : « *Præceptum interdonationibus :... venientes ille et illa in palatio nostro, pro eo quod filiorum procreationem inter se minime habere videntur, omnes res eorum inter se per manu nostra visi sunt condonasse...* ». — Une autre formule de Marculfe relate un procédé curieux : au moyen de la festuca, le disposant fait passer au roi lui-même la propriété des biens qu'il veut donner à un tiers ; le roi à son tour transfère à ce tiers la propriété qu'il a reçue, mais pour le temps seulement de la mort

Le capitulaire « *De lege ripuarense* » est de 803, mais nous trouvons encore plus tard un témoignage de la persistance de l'affatomie. Un capitulaire de 819 « *legi salicæ additum* » approuve et maintient l'usage de l'affatomie comme mode de transmission des successions chez ceux qui vivent sous l'empire de la loi salique (1). Ce capitulaire s'en réfère uniquement aux anciens usages et ne parle que de la tradition ; mais comme le fait remarquer M. Auffroy, « il est probable que la routine seule faisait maintenir dans la législation un cérémonial démodé que la pratique ne connaissait plus. Le capitulaire de 819 le donne lui-même à supposer lorsqu'il définit l'affatomie par le mot *traditio* : de affatomie dixerunt quod traditio fuisset » (2).

Quelles sont les règles de fond de l'affatomie au mo-

du donateur, car il remet à ce dernier les biens donnés à titre de bénéfice (Roz., form. 216).— Y a-t-il là une véritable affatomie? Beseler le croit (*loc. cit.*, tome I, p. 401 et 406) et nous serions tentés de nous rallier à son opinion, car les formalités sont les mêmes à peu près et le résultat pratiqué ne diffère guère. Cependant, il y a un élément qui manque : l'idée d'adoption, au moins partielle, qui caractérise l'affatomie n'existe pas ici. De plus, au point de vue juridique pur il y a une différence essentielle entre l'affatomie, où le donateur conserve la propriété entière du bien donné jusqu'à son décès, et la donation décrite par la formule ci-dessus où le disposant ne garde que l'usufruit. — V. Auffroy *loc. cit.*, p. 203, note 2.

(1) *Hludowici pii capitula legi salicæ addita*, chap. x : « De affatomie dixerunt quod traditio fuisset. De hoc capitulo judicatum est ut sicut per longam consuetudinem antecessores eorum facientes habuerunt ita et omnes qui lege salica vivunt inantea habeant et faciant. » (In conventu Aquisgrani, 819 vel paulo post); Pertz, *Monum. germ. histor.*, Leges, tome I, p. 226.

(2) Auffroy, *loc. cit.*, II^e part., tit. I, chap. II, p. 205.

ment de l'apparition de la féodalité? Elles sont sensiblement les mêmes qu'à l'origine, et au point de vue de la capacité des personnes, et au point de vue des biens disponibles. L'esclavage proprement dit n'a pas encore fait place au servage et la condition des esclaves est toujours la même : ils sont incapables de faire un héritier (1). Quant aux hommes libres, ils ne peuvent toujours disposer qu'en l'absence d'enfants. Le capitulaire de 803 consacre implicitement les dispositions de la loi ripuaire à ce sujet : « Qui filios non habuerit et alium quemlibet hæredem sibi facere voluerit... traditionem faciat. » Une vieille formule de Marculfe conduit également à admettre la même solution (2). Par contre, il en est d'autres qui ne mentionnent pas l'absence d'enfants (3) et certaines mêmes supposent nécessairement leur existence (4). Cependant on n'en saurait inférer que

(1) Le servage ne supplanta guère l'esclavage qu'au x^e siècle ; d'ailleurs les serfs eux-mêmes ne purent jamais disposer de leur succession.

(2) Roz., form. 253 ; *vide supra*.

(3) Roz., form. 251 et 252.

(4) Voici le texte d'une de ces formules : « *Affatimum* : Dulcissimis nepotis meis illis, ego avus aut ego ille. Dum et cognitum est qualiter genitor vester et filius meus, nomine illo, complente fine naturæ, de hac luce discessit et vos in alode minime accedere poteratis ; ideo pensantes causa consanguinitatis dabo vobis per hanc affatimum omni proportionem in loco nuncupante illo, in pago illo, in centena illa, hoc est in jam dicto tam terris domibus et cetera. Quicquid in jam dicto loco genitor vester et filios meos illos et illas dividere et exsequare deberet ; vos quoque, nepotes mei, per hanc affatimum post diem obitus mei dividere et exsequare faciatis. Illud etiam in hanc affatimum conscribere rogavimus, ut si fuerit aliquis de heredibus meis propinquos avunculos vestros, aut de aliis heredibus, vel quislibet in eorum causas, nulla ca-

la règle posée par la loi ripuaire avait disparu, car dans le premier cas il est possible que l'absence de mention soit due au contraire à ce que l'usage était si bien établi qu'elle semblait inutile; quant aux autres formules, elles portent en elles-mêmes la justification de leur dérogation à la règle générale. En effet, il s'agit ici d'institutions qui ont pour but de faire venir les petits-enfants à la succession de l'instituant, en concours avec leurs

lumnia nec repetitione generare non præsumat, sed jure firmissimo in omnibus habeatis potestatem faciendi, tenendi, dandi, commutandi vel quicquid exinde facere eligeritis, liberam in omnibus perfruatur potestas faciendi. Sed si fuerit aliquis de heredibus meis qui contra hanc affatimum venire aut refragare præsumpserit, socio fisco solidos tantos contra quem litem intulerit suis partibus multa componat, et ille qui repetit nihil vindicet; sed præsens affatimus diuturnum tempore firmus et inviolatus valeat permanere, quam manu propria subterfirmavimus et bonis operibus viris magnificis roborare decrevimus. » (Roz., form. 134.) — Il s'agit ici d'une institution contractuelle dérivée de l'affatomie *per scripturarum seriem* et l'expression finale « *sed præsens affatimus diuturnum tempore firmus* » ne permet pas de douter du caractère irrévocable de la disposition. Comme garantie de cette irrévocabilité le donateur frappe d'une amende payable partie au fisc, partie aux donataires quiconque tenterait de porter atteinte à l'institution. Cet usage des amendes devait être d'origine romaine, car on n'en retrouve aucune trace dans les lois franques. Pardessus le croit emprunté au titre I, liv. I^{er}, § 3, des *Pauli receptæ sententiæ* insérée dans la *lex romana Visigothorum* rédigée par ordre d'Alaric II. (V. Pardessus, *Prolégomènes des Diplomata*, p. 243 et 271). — A ces amendes les donateurs joignaient la plupart du temps de malédictions terribles contre ceux qui contreviendraient à leurs dispositions. A titre de curiosité, on peut voir les imprécations prononcées par saint Eloi contre celui qui enfreindrait la donation faite par lui en 631 en faveur de l'abbaye de Saint-Denis. (Pardessus, *Diplom.*, p. 254.)

oncles et par représentation de leur père prédécédé. Le motif qui a fait interdire l'usage de l'affatomie aux personnes qui ont des enfants, n'existe donc plus, car le résultat de l'acte ne sera pas ici de faire sortir les biens de la famille, mais seulement d'opérer entre ses membres une répartition plus équitable en augmentant le nombre des successibles.

II. A côté des institutions d'héritier qui dérivent de l'affatomie et en observent plus ou moins fidèlement les formalités, nous trouvons toute une classe d'actes dont la forme se rapproche de celle du testament et qui nous ont été conservés en grand nombre dans les anciennes formules. Groupées par E. de Rozière sous le nom d'*hereditoriæ*, que plusieurs d'entre elles se donnent elles-mêmes, ces formules ne sont autre chose que des lettres envoyées par le disposant aux gratifiés (1). « Il

(1) Nous trouvons sous le n° 137 des formules de Rozière l'*hereditoria* suivante : *Dulcissima filia, mea, ille. Dum non est incognitum sed per populum divulgatum et patefactum quod ego in ancilla mea, nomine illa, tibi generavi et postea antedomno illo rege, jactante denario, secundum lege salica tibi ingenua demissi, et tu minime in hereditate mea sociare potebas, propterea ego hanc cartolam hereditoria in te fieri et adfirmare rogavi ut, si tibi Dominus jusserit quod mihi in hunc seculo suprestitis apparueris, de omnes res meas, tam ex alode parentum meorum quam ex meum contractum mihi obvenit, in hereditate succedas. tam terris, mansis, domibus, ædificiis, mancipiis... acolabas, merita acolanarum, vineis, olicis, silvis, campis, pratis, pascuis, aquis aquarumve decursibus, in quascumque pagis aut terreturiis, seu agros vel omnis locus ubi habere videor, etiam peculium, præsidium utriusque genere sexus, aurum, argentum, drapalia, mobile, et immobilibus, quicquid dici aut nominare potest, quantumcumque de meum moriens dereliquero in omnes res meas in hereditate, apud germanus tuus filios meas succedas et equalentia inter vos exinde dividere vel exequare faciatis et*

est probable, dit M. Auffroy, qu'il leur remettait l'écrit et que cette tradition de l'*instrumentum* suffisait à consommer l'opération » (1). Mais, bien que semblables en apparence aux testaments, ces *epistolæ* en différaient profondément, car elles créaient une vocation héréditaire irrévocable. C'est ce qu'on peut induire sans crainte d'erreur de la phrase qui termine la formule 137 de Rozière (formule 47 de l'appendice de Marculfe) que nous transcrivons en note. Le disposant se condamne à payer une amende au fixe et au donataire s'il vient à porter atteinte à la donation et frappe de la même peine toute personne qui tenterait de le faire. La formule 135 de Rozière est également explicite ; quant à la formule 136 qui passe pour la plus ancienne, elle renvoie, dans les recueils de formules que nous possédons, aux formules voisines : « Si quis ego... *et quod sequitur* ».

Les *hereditoriæ* ont généralement pour but soit d'appeler les filles à concourir avec leurs frères dans la succession paternelle (2), soit de faire arriver les petits-enfants à la

quod ad parte tua exinde recipis quicquid exinde facere volueris, liberam et firmissimam in omnibus habeas potestatem faciendi. Si quis vero, quod nec fieri credo, si ego ipse aut aliquis de heredibus meis, vel quislibet opposita persona, qui contra hanc cartolam hereditoria ista, quem ego plenissima voluntate mea fieri et adfirmare rogavi, venire conaverit, inferat tibi una cum socio fisco auri untias tantas esse multando et præsens hereditoria omni tempore firma permaneat, stipulatione subnixa. Actum illo... (Form. 47 de l'appendice de Marculfe). — V. égal. les form. 135 et 136 de Roz.

(1) V. Auffroy, *loc. cit.*, II^e part., tit. I, chap. II, p. 215.

(2) Roz., form. 125, 136 et 137. — Il est à noter en effet que dans les lois barbares les filles prenaient leur part des meubles, des esclaves et de l'argent, mais étaient exclues du partage de la terre (l. sal., tit. 62 ; l. rip., tit. 56).

succession de leur aïeul par représentation de leur père prédécédé (1). Nous avons vu que parfois on employait dans le même but l'*affatimum*, cette *scripturarum series* dérivée de l'affatomie ripuaire; en réalité *affatimum* et *hereditoria* sont une même chose sous des noms différents : les expressions ne sont pas tout à fait semblables, mais le but poursuivi est identique ainsi que le résultat obtenu. Dans les deux cas, nous nous trouvons en face d'une véritable institution contractuelle.

(1) Roz., form. 132 : » *Epistola cum in loco filiorum nepotes instituentur ab avo* : Dulcissimis nepotibus meis illis, ille. Dum et peccatis meis facientibus genetrix vestra filia mea illa, quod non operaveram, tempore nature suæ complente, ab hac luce discessit, ego vero pensens consanguinitatis causa, dum et per lege, cum ceteris filiis avunculis vestris in alode meo accidere minime potueratis; ideo, per hanc epistolam, vos, dulcissimi nepotis mei, volo ut in omni alode meo post meum discessum, si mihi suprestis fueritis hoc est tam terris, domibus, acolabus, mancipiis, vineis, silvis, campis, pratis, pascuis, aquis aquarumve de cursibus, mobilibus et immobilibus... vos contra avunculos vestros filios meos præfata portione recipere faciatis... Si quis vero... » — Les lois barbares ne connaissent pas la représentation; Childeberr tenta de l'introduire, mais inutilement, car on trouve après lui des traces de l'ancien système de dévolution.

CHAPITRE II

L'institution contractuelle pendant la période féodale.

SECTION I

EXTENSION DE L'INSTITUTION CONTRACTUELLE AU DÉBUT DE CETTE PÉRIODE

Au début de l'époque féodale, l'institution contractuelle a toujours le caractère primitif de l'affatomie : c'est un moyen de suppléer à l'absence du testament. Elle s'est même développée considérablement au détriment de ce dernier qui a presque disparu. Les testaments, en effet, sont rares dans les chartes du moyen-âge et la plupart des actes qui portent ce nom ne sont pas des testaments véritables, mais bien plutôt des donations *mortis causa* ou des institutions contractuelles (1). Noyés dans le flot barbare, les Gallo-Romains ont perdu peu à peu la notion vraie du testament. « La technique

(1) Tels sont, par exemple, un certain nombre d'actes rapportés par M. d'Espinay dans son ouvrage sur *La Féodalité et le droit civil français* (Saumur, 1862). En 977, Erminthruide donne la moitié de son douaire à son frère et l'autre moitié à l'abbaye de Saint-Florent de Saumur pour le temps de sa mort : « Alodum meum mihi a seniore meo Menegaudo in dotalicium concessum fratri meo Hugoni, cum Sancto Florentio partiendum post mortem meam relinquo... » — Suivant une charte du x^e siècle, un prêtre donne également, pour le temps où il ne sera plus, toute sa fortune à la même abbaye. (*Codex nigrum*, n^{os} 17 et 224.)

élaborée par la jurisprudence classique, dit M. Auffroy, était savante et minutieuse : elle ne pouvait convenir à une époque illettrée et grossière. Les praticiens de l'Empire franc ne sont plus assez instruits pour manier l'instrument sensible et compliqué inventé en des siècles raffinés ; ils n'en comprennent plus le mécanisme ingénieux et ne retiennent guère que les traits matériels de la forme visible » (1). La plupart des documents sur cette époque nous sont fournis par les cartulaires des églises et monastères, et, comme dans les formules de l'époque mérovingienne, nous constatons ici que pour remplacer le testament on use le plus souvent soit de donations entre-vifs, dans lesquelles on se réserve la possession des biens donnés pendant sa vie, soit d'institutions contractuelles véritables. Le principe romain qui interdisait de spéculer sur les successions futures a complètement disparu.

Les institutions contractuelles portent soit sur l'universalité des biens (2), soit sur une quote-part (3), soit

(1) Auffroy, *loc. cit.*, II^e part., tit. II, p. 231.

(2) *Cartul. S. Petri Carnotensis*, n° 68, t. II, p. 317 : « Omni tempore certum sit quod Gaunardus, homo sancti Petri, capitaliter omnium que possidebat sanctum Petrem heredem, post decessum suum constituit in capitulo suo, coram subscriptis testibus : Roberto Flagello, Roberto aurifabro, Roberto majore, Hernaldo botario, Odone pistore, Gaufrido coquo, Parente, Christiano scutellario, Rainardo filio Aventii, Rainerio Torto, Christiano pelliparo, Odone filio Gumbaldi. » (Vers 1110. — *Cartul. S. Albini Andegavensis*, t. I, n° 188 : « Constantius de Varenna, supranominatus Adquatratus, condonavit S. Albino et monachis ejus, post obitum suum, omnem substantiam suam quam in terra, in vineis, in pratis et omni re mobili vel immobili et habebat et habiturus erat... » (vers 1060). — V. égal. *S. Pet.*, t. II, n° 72 ; *Redon*, n° 308, p. 260.

(3) M. d'Espinay rapporte en ses *Cartulaires angevins* (Angers,

même sur un bien en particulier (1) ; elles comprennent

1864) une charte où le donateur assure à Saint-Pierre de Che-millé le tiers de sa fortune et se réserve le droit de disposer du surplus : « Tertiam vero partem totius alterius substantiæ suæ monachis in eleemosynam dedit, ceteras duas partes licebit ei dare quibuscumque voluerit. » — On trouve de même dans le cartulaire du prieuré de Liré (Marchegay, *Archives de l'Anjou*, Angers, 1853, t. II) sous le n° 7, la donation suivante portant sur la dîme des biens : « Noverint sanctæ catholicæ ecclesiæ filii tam præsentēs quam postmodum futuri quod quidam miles, nomine Matho... dedit Deo et S. Mariæ, monachisque beati Martini apud Lireium morantibus, decimam trium borderiatorum terræ quam jure hereditario possidebat, ita tamen ut eo vivente terciam partem decimæ monachi haberent... » (vers 1118). — Dans le cartulaire de Vern, deux frères reçoivent à cens une maison du prieuré en s'engageant en retour à laisser leurs meubles au couvent : quand l'un d'eux mourra les moines en auront la moitié, et ils auront l'autre moitié à la mort du second. (V. Chartes de Vern, n° 3, dans les *Archives de l'Anjou*, t. II. — Cet acte est de 1186.)

(1) Vers 1060, Hébert de Surpont fait don à Saint-Aubin d'un alleu pour le temps qui suivra sa mort : « Dum quelibet necessaria indigentibus damus, sua illis reddimus, non nostra largimus atque secundum apostoli dictum operantes bonum dum tempus habemus ad omnes, maxime ad domesticos fidei, culpas nostras ante Dei oculos misericordiæ visceribus redimimus. Unde ego, Herbertus, Dei ope indignus, uxorque mea nomine Hiltrudis, evangelici memores verbi dicentis : « Thesaurizate vobis thesauros in cælo, ubi erugo nec tineæ exterminat, nec fur appropriat » ; — et iterum : « Facite vobis amicos de mammona iniquitatis » ; — illud etiam Jhesu filii Sirac dicentis : « Conclude eleemosinam in sinu pauperis et ipse orabit pro te »... — offerimus atque tradimus Sancto Albino monachisque sibi servientibus ; pro salute ac redemptione nostra, post excessum nostrum, quemdam alodum cum silva ibi pertinenti atque terra arabili, aream etiam molendini, cum pratis ibi adjacentibus super ripam Lupe... » *Cart. S. Alb. andeg.*, tome I, n° 136, p. 164. — Voir égal. *Cartul. S. Pet. Carnot.*, tome II, p. 318.

les biens présents du donataire (1), ses biens à venir (2), ou à la fois ses biens présents et à venir (3). On trouve dans les cartulaires des exemples des unes et des autres et en très grand nombre. Quelquefois ces institutions étaient faites par un simple écrit, au bas duquel un nombre indéterminé de témoins apposaient leur signature afin d'en certifier l'authenticité. Mais il arrivait la plupart du temps qu'on ajoutait certaines solennités spéciales et symboliques dont le but était de frapper davantage l'imagination des témoins et de graver plus

(1) V. les actes rapportés ci-dessus, *Cod. nig.*, n° 17 et *Cartul. S. Alb.*, tome I, n° 136.

(2) *Cartul. S. Pet. Carnot.*, tome I, p. 293, n° 101 : « ... quidam miles, Herbertus nomine, de Galardone castro, ... una cum consensu filiorum suorum, Hervei scilicet atque Fulcherii, et unicæ filiæ, nomine Guiburgis, alodos quos habebat in territorio castri. Dunensis sancto Petro et ejus monachis concessit, *unamque domum intra castrum, in Primetis quidam villa alodum quem mater sua Rotrudis possedit..* » ante 1080. — V. égal. *ibid.*, tome II, p. 485, n° 25 ; et dans le cartulaire de Saint-Serge le don fait à cette abbaye par Geoffroy de Jarzé du *Dotalicium* de sa mère avec le consentement de celle-ci (*S. Serg.* f° 193, d'Espinay, *Cartul. angev.*, p. 268).

(3) C'est le cas le plus fréquent. Le Cartulaire de Redon relate ainsi une donation faite au monastère de Saint-Sauveur par Helucogardus et sa femme Bona, portant explicitement sur tous leurs biens présents et à venir : « omnia quæ tunc habebant vel adquisituri erant, sive in mobilibus rebus, sive in terris aut vineis, necnon pratis et domibus » (n° 68, ann. 1101-1129). — Dans le cartulaire de Saint-Serge, deux époux disposent de même en faveur de l'abbaye : « Et ibi fecerunt donationem de omni suo habere quod tunc habebant vel habere potuerint ad diem obitus sui » (n° 86). V. égal. *Cartul. Beat. Mariæ Caritatis Andegavenis* : « Cætera vero omnia quacumque habebat vel requisitus erat post suum obitum S. Mariæ concessit et donavit. Et ut esset stabile et firmum donum istud super altare Sanctæ Mariæ posuit. »

fortement en leur esprit le souvenir de l'acte accompli. Très souvent les chartes relatent que l'acte de donation a été déposé sur l'autel du saint, patron du monastère (1). Parfois aussi la tradition se fait par la remise d'un couteau; on peut voir notamment un curieux exemple de cet usage dans le cartulaire de Saint-Maur publié par Marchegay dans les *Archives de l'Anjou* (2). D'autres fois, le disposant investit les gratifiés au moyen du don d'une once d'or (3). En certains cas le donateur

(1) V. *Cartul. S. Albini andeg.*, tome I, n° 188: « ... postea donum super altare Sancti Albini posuit coram testibus. — V. égal. *Cartul. B. Mariæ Carit.*, *Andegav.*, supra.

(2) Il s'agit d'une institution d'héritier faite par deux frères au profit des moines de Saint-Maur: « ... Hi itaque, anno ab incarnatione Domini MCXXXVIII, vi kalendas decembris, in capitulum S. Mauri venerunt, ibique in presentia domni Guillermi abbatis, terram illam in elemosinam Deo et S. Mauro pro animabus parentum suorum dederunt et cum cultello abbatis ipsum abbatem re-vestiverunt. Se ipsos etiam ita servicio monachorum usque in finem vite concesserunt ut quidquid ipsi in vita sua deinceps acquirerent, monachi post obitum eorum totum sine aliqua calumnia acciperent et possiderent... Facta autem tali donatione, præfati fratres cultellum de manu abbatis accipientes ad altare S. Mauri properantes, cultellum super ipsum altare posuerunt hæc adjungentes: Nos terram nostram., Deo et S. Mauro modo in elemosinam damus... » (*Cartul. de S. Maur.*, n° 54. *Archives de l'Anjou*, t. I.)

(3) Il en est ainsi dans l'acte suivant conservé dans les chartes de Cluny: « Ego Grimaldus miles... dono Deo et fratribus Cluniaco manentibus post mortem meam quicquid jure hereditario possidere videor, tali tenore et convenientia, ut memoriam mei, quoad advixerò, in suis orationibus habeant et auditu obitu meo ea persolvant michi que persolvenda sunt fratri et amico. Ad presens vero dono eis unciam auri unam. » (*Chartes de Cluny*, n° 3765, vers 1100.)

se contente de prêter serment (1). La tradition symbolique se faisait encore de mille autres façons : par la remise d'un bâton, d'un rameau d'if, d'un brin de jonc, d'une motte de terre, d'un anneau d'or; par un baiser donné au crucifix ou au donataire... « Berlay, seigneur de Montreuil, fit un jour au milieu d'une forêt, en chassant un sanglier, un don à saint Florent à l'aide d'une branche qu'il cassa. Le comte de Foulques donna à l'abbesse Thiburge l'investiture, par la coiffe, de diverses terres » (2).

Ces datations d'hérédité étaient souvent pures et simples ou sous la condition seulement que les moines priaient pour le repos de l'âme du donateur (3). Parfois on stipulait en outre que les moines viendraient au secours du donateur s'il venait à tomber dans le besoin (4). Une charte de 1110 réserve formellement en ce cas au disposant la faculté de vendre le bien donné (5). Très souvent

(1) *Chartes de Vern*: « Hoc se bona fide et sine fraude tenendos juraverunt prædicti fratres... » (N° 3, *Archives de l'Anjou*, vers 1186.)

(2) D'Espinay, *Cartulaires angev.*, chap. VII, p. 157.

(3) *Cartul. S. Albini andeg.*, n° 136, tome I, p. 164 *supr. cit.*: « Offerimus atque tradimus S. Albino monachisque sibi servientibus, pro salute ac redemptione nostra... » — *Cart. de Cluny*, n° 3765, *sup. cit.*

(4) *Cartul. B. Mariæ Carit. andeg.*, n° 330: « Ermengardis dedit S. Mariæ in vita sua X arpenta terræ et quidquid habebat post excessum suum ut in beneficio et orationibus monialium esset posita et, si opus ei fuerit, moniales ei subveniant... »

(5) *Cartul. S. Pet. Carnot.*, tome II, p. 318: « Noverint successores nostri quod Fulco pelliterius dedit S. Petro, in capitulo nostro, emptionem quam fecerat apud Ganniacum... post mortem ejus habendam, nisi interim in tantam paupertatem deveniret ut de quo alio viveret non haberet: hac enim sola scilicet ut, inde viveret, vendere eam posset... » — Vers 1110.

les donateurs stipulaient que les moines les recevraient dans leur monastère le jour où ils désireraient y entrer, ou bien même la donation était concomitante à l'entrée d'un de leurs enfants dans le monastère (1). On trouve encore un grand nombre d'autres conditions : beaucoup d'institutions notamment sont faites en retour de concessions accordées par les moines ; c'est ainsi que Renier, pelletier des moines de Saint-Père de Chartres, les institue ses héritiers universels, à condition de recevoir les fonctions de cellerier ; qu'une femme nommée Mabile leur donne le tiers des meubles qu'elle laissera à son décès en échange de l'usufruit d'une maison appartenant au couvent (2).

Les conditions les plus remarquables sont celles qui ont trait à la survenance d'enfants. En prévision de cet événement, les donateurs stipulent fréquemment la révocation totale ou partielle de l'institution (3). D'autres

(1) Vers 1082, un nommé Bernier, cellerier du couvent, et sa femme donnent leurs biens à Saint-Aubin « post decessum amborum », à condition que leur fils soit reçu dans le monastère. (*Cartul. S. Albini andeg.*, tome I, p. 69, n° 45.)

(2) V. *Cartul. S. Petri Carnot.*, p. 301 et 320 et *Chartes de Vern*, sup. cit., n° 3 ; — V. égal. d'Espinay, *loc. cit.*, p. 269.

(3) *Cartul. S. Petri Carnot.*, t. II, n° 25, p. 284 : « Ego Radulfus de Moneta, si hereditarie sobolis successione in reliquum vite mee, sicut nunc, prior, beatum Petrum, apostolorum principem, ... monachosque ejus, exigue mee possessionis, assensu proprie conjugis, heredes instituo. » — De même l'acte cité plus haut, où le cellerier Bernier et sa femme instituent Saint-Aubin à condition que leur fils soit reçu dans l'abbaye, porte que s'ils viennent à avoir un autre enfant, il héritera des biens de sa mère. — V. encore *Cartul. S. Petri Carnot.*, t. II, p. 599, n° 107 : « Fiat notum quod homo quidam Normannigena de Constantini pago, Godefridus, nostri particeps effectus beneficii, in nostrum capitulum nobis

chartes motivent la donation par l'absence d'enfants (1). Comme le fait remarquer M. Auffroy, il semble qu'il y ait là une trace des principes de l'affatomie ripuaire.

SECTION II

ÉVOLUTION DE L'INSTITUTION CONTRACTUELLE

I. Petit à petit, avec le développement du système féodal, l'institution contractuelle évolue et prend son caractère définitif. Jusque-là elle a servi surtout à transmettre les biens du disposant comme l'aurait pu faire le testament, remplissant uniquement le rôle d'un acte *intuitu mortis*; bientôt elle va s'implanter dans les contrats de mariage, puis, sous la poussée du droit canonique et du droit romain dont l'étude redevient en honneur au ^{xii}^e siècle, elle va perdre insensiblement son rôle primitif et céder à son tour la place au testament.

quicquid de suis rebus posset inveniri post mortem suam donavit, si tamen sine liberis moveretur; quod, si uxorem et liberos haberet, nostra foret pars ea quæ sibi contingeret. Affuit ad hoc cum eo quidam suus compatriota Anquitinus; nobiscum: Odo pistor, Rainulduus, filius Adventii; Gumbaldus, Guaschonus. » (1101-1129.)

(1) *Cartul. S. Petri Carnot.*, t. II, p. 344 : « Sine debent hujus monasterii quod quidam homo de Malo Consilio, Hermoinus nomine, fecit in capitulo nostro sanctum Petrum heredem totius substantie sue mobilis... Similiter fecit uxor ejus... non enim habebant filios... » (vers 1107). — *Ibid.*, t. II, p. 341, n° 61 : « Quidam homo, Galterius nomine, de Marchesvilla, adiit nostram presentiam cum uxore sua, nomine Hadvisa, qui, cum essent (sine) prole, Deum et sanctum Petrum omnium bonorum suorum heredem fecerunt; ita quod quicquid possessionis haberent, post obitum utriusque, totum haberemus... » (1101-1129).

D'après M. Eschbach, l'institution contractuelle telle que nous l'avons définie, c'est-à-dire le don d'une succession fait par simple contrat, ne se rattacherait pas directement à l'affatome. Elle aurait été, après une disparition momentanée, ressuscitée par les glossateurs et rattachée à la novelle 19 au Code, *De Pactis* (1). Il s'appuie pour soutenir cette opinion sur le capitulaire de 803 : *De lege ripuarensis* par lequel, prétend-il, Charlemagne a ramené l'institution contractuelle aux conditions matérielles de la loi salique, en exigeant dans tous les cas la tradition. Il aurait dès lors fallu attendre jusqu'au XII^e siècle pour regagner le terrain perdu : « Lors, dit-il, de la renaissance du droit romain, des glossateurs en travaillant sur la constitution 19 au Code, *de Pactis*, au lieu de n'y voir qu'un testament militaire, crurent, par une fausse interprétation, que cette constitution avait accordé aux militaires romains la faculté de s'instituer héritiers par contrats. Les feudistes, répétant l'erreur des glossateurs, étendirent cette faculté aux possesseurs de fiefs. On éluda ainsi le capitulaire de Karle le Grand, la convention reprit la place de la tradition ».

Mais nous devons rejeter cette doctrine; d'abord parce que rien n'est moins prouvé que l'innovation attribuée par M. Eschbach à Charlemagne : « Cette manière de voir, dit M. Anouilh, heurte ouvertement l'esprit général des capitulaires... et ne s'accorde guère avec les reproches de réserve et de timidité adressés à Charlemagne par son biographe Eginhard à propos des modifications et additions législatives aux lois salique

(1) *Revue crit. de législ. et de jurispr.*, ann. 1840, p. 133 et 134.

et ripuaire » (1). Nous avons dit plus haut que le but poursuivi par Charlemagne était beaucoup plus simple : il voulait uniquement permettre de faire désormais la tradition devant certains fonctionnaires qui n'existaient pas à l'époque où fut rédigée la loi ripuaire. D'ailleurs il est démontré par l'étude des vieilles formules et celle des chartes des x et xi^e siècles que l'institution d'héritier a continué de se faire par simple écrit postérieurement au capitulaire de 803. A cette époque la tradition est presque tombée en désuétude et le silence des documents postérieurs témoigne de l'abandon de plus en plus profond dans lequel elle disparaît.

Nous pouvons donc suivre l'institution contractuelle sans interruption jusqu'au xii^e siècle. Loin d'avoir subi une éclipse, nous avons vu au commencement de ce chapitre qu'elle était en pleine vigueur à cette époque et tenait à peu près complètement la place du testament. Les rois eux-mêmes, en faisaient usage (2). Cependant bientôt le testament va réapparaître.

Voyons en attendant comment l'institution contractuelle a pris pied dans les contrats de mariage. « L'une des principales conditions d'existence de la féodalité,

(1) Anouilh, *loc. cit.*, p. 14.

(2) En 1091, intervient un pacte de ce genre entre Guillaume le Roux, roi d'Angleterre, et son frère Robert, comte de Normandie : « Constituerunt inter se ut si Comes absque filio legali in matrimonio genito moreretur, hæres ejus esset Rex ; modoque per omnia simili, si Regi contigisset mori, hæres illius fieret Comes... » (Hoüard, *Ancien. lois des Franç. conserv. dans les coutum. angl. recueill. par Lyttleton*, Rouen, 1766, tome II, p. 206). — De même, en 1101, après la mort de Guillaume le Roux, Robert et son autre frère Henri « pacto firmaverunt... qui eorum diutius viveret, hæres esset alterius si absque filio moreretur. » (*Ib.*, p. 217.)

dit M. Anouilh, c'était d'assurer le service des biens donnés en fief, de les soustraire à toute vacance de possession. La perpétuité de l'association féodale était à ce prix. Il ne fallait pas que le fief revînt au seigneur, le suzerain lui-même y était intéressé, à cause de la conservation de ses prérogatives, telles que le droit au service militaire, aux aides, le droit de relief (*relevium*), de rachat (*reaccapitum*) de lods et ventes, etc... De là, dans les relations féodales, plusieurs usages ayant pour but d'assurer la conservation et la desserte continue des fiefs » (1). C'est ainsi que l'héritier présomptif d'un fief, qu'il soit mâle ou femelle, ne pouvait se marier sans l'agrément de son suzerain, sous peine de commise, c'est ainsi d'autre part que le suzerain, pour assurer le service du fief, avait le droit d'obliger à *prendre baron*, c'est-à-dire à se marier, toute fille ou veuve, détentrice ou héritière d'un fief qui devait service de chevalier.

Il en résulta bientôt que les seigneurs suzerains prirent l'habitude d'intervenir dans les contrats de mariage de leurs vassaux. Tout vassal fut obligé de régler avant sa mort la succession au bénéfice qu'il occupait, et dut, en conséquence, en mariant ses enfants, pourvoir à la désignation d'un héritier contractuel. « Les fiefs étant héréditaires, dit Montesquieu, les seigneurs qui devaient veiller à ce que le fief fût servi exigèrent que les filles qui devaient succéder aux fiefs, et, je crois, quelquefois les mâles, ne pussent se marier sans leur consentement : de sorte que les contrats de mariage devinrent pour les nobles une disposition féodale et une disposition civile. Dans un acte pareil, fait sous les yeux

(1) Anouilh, *loc. cit.*, p. 15.

du seigneur, on fit des dispositions pour la succession future, dans la vue que ce fief pût être servi par les héritiers » (1).

Les premières institutions contractuelles, faites par contrat de mariage qui nous soient parvenues datent du ^{xii}^e siècle. Le 19 décembre 1105, Bernard Aton, vicomte d'Albi, marie Mathilde sa fille aînée à un des principaux seigneurs du diocèse de Béziers, Arnould, fils de Guillaume Alfarcic. Arnould, par son contrat de mariage reçoit un certain nombre de fiefs en donation *propter nuptias*, et plusieurs autres en outre que ses parents lui donnent par préciput pour le temps qui suivra leur mort (2). En 1189, Galeran de Meulant épouse Marguerite de Fougères et leur contrat de mariage porte entre autres clauses : « ...qualemque vero heredem Margarita habebit a Galeranno, Robertus comes (le comte Robert est le père de l'époux) facit et constituit illum heredem

(1) *Esprit des lois*, liv. XXXI, chap. xxxiv.

(2) Ce contrat nous a été conservé dans son *Histoire du Languedoc*, par D. Vaissette qui l'avait recueilli dans un cartulaire du château de Foix : « In nomine Domini, ego Guillelmus Alfarcicus et uxor mea Engeralda donamus tibi Arnaldo filio nostro et uxori tuæ Metillinæ, filiæ Bernardi Atonis, vicecomitis, et Cecilie, in sponsaliciu et donationem ipsum nostrum castellum de S. Nazario... et ipsum castellum nostrum de Salviano... Præterea, nos supradicti Guillelmus et uxor mea Engeralda donamus tibi Arnaldo filio nostro... per meliorationem super alios fratres tuos, post mortem nostram, ipsum castrum de Porciano cum totis suis terminis et totum quantum habemus de Eurano fluvio in ultra versus orientem... Scripta fuit hæc carta XIV kal. Januar., anno dominicæ incarnationis MCV, regnante rege Philippo. Signum Guillelmi Alfarcici et uxoris meæ... » (*Hist. gén. du Languedoc*, t. II, Preuv., n° 342.)

totius mi honoris et terræ, excepta terra quam Robertus comes daturus est in nuptu filiæ suæ. Radulphus vero de Filgueriis donat Margaritæ filiæ suæ et Galeranno et heredibus suis integre terram suam de Beniterone... Actum est hoc Moretanæ anno 1189, ab incarnatione Domini, his testibus... » (1).

Avec le ^{xiii}^e siècle, les institutions contractuelles se multiplient dans les contrats de mariage : les exemples abondent. Dans un vieux cartulaire de Champagne, nous trouvons mention d'une institution contractuelle faite en 1230 par Thébaut, roi de Navarre, comte de Champagne et de Brie, en faveur de sa fille Blanche qui épouse Jean le Roux, fils de Pierre Mauclerc, duc de Bretagne (2). Les Olim rapportent un jugement rendu

(1) *Mémoires pour serv. de preuve. à l'Inst. de Bretagne*, Dom Morice, Paris, 1742 à 1746, Preuv., tome I, col. 714.

(2) « Nos P. Dux Britannie, Comes Richemont, notum facimus universis præsentis litteras inspecturis quod dominus Th. Dei gratia Rex Navarre, Campanie et Brie, Comes palat. dedit dilectam filiam domicellam Blancham in uxorem Johanni de Britannia, filio nostro, tali modo quod ipse dat et concedit ei regnum Navarre post decessum suum habendum et tenendum, et si contigerit quod idem Rex habeat heredem masculum, heres ille nihil poterit petere nec reclamare in ipso regno Navarre si filia sua Blancha viveret, vel si Johannes maritus suus, de ipsa heredem haberet... Et si contigerit quod ipse Rex non haberet nisi filias, retinet Comitatus Campanie et Brie cum pertinenciis ad faciendum voluntatem suam; et si contigerit, quod avertat Altissimus, quod heredes dicte Blanche morerentur sine herede de corpore suo, vel si dictus Johannes haberet heredes de dicta Blancha et dicta Blancha moreretur, et heredes sui similiter de corpore suo procreati, quod Deus nolit; dictus Johannes vel heredes ejus tenerentur reddere regnum Navarra heredibus dicti Regis... Actum apud Castrum Theodorici, anno Domini MCCXXX, quinto die Mercurii, post fes-

sous Philippe III, vers 1270, où il est question d'une institution contractuelle faite au profit d'une demoiselle Yolande de Droce dans son contrat de mariage avec Amalric de Credonet : « In tractatu matrimonii ipsius cum dicto Amalrico, viro suo, tractatum fuit et ordinatum quod ipsa haberet dictam quartam partem foreste ratione hereditatis (1) ». Les *Olim* contiennent en date de 1277 un autre exemple d'institution contractuelle : « Cum Margareta, relictæ Erardi, domini Valeriaci, proponeret coram nobis contra tres dominas, heredes dicti domini, quod in tractatu matrimonii inter ipsam et dominum Valeriaci contrahendi tales habitæ fuerunt conventiones quod, si contingeret dictum Erardum decedere sine herede proprie corporis, quod dicta Margareta teneret medietatem totius hereditatis sue ratione dotis, seu donationis propter nuptias quamdiu viveret et melius herbergamentum suum » (2). De même, vers 1282, Ferry, duc de Lorraine, marie son fils Thiébault à Isabelle, fille de Huon de Rumigny ; le contrat de mariage conservé dans un vieux cartulaire du comté de Bar porte qu'au cas où Thiébault viendrait à prédécéder, laissant un fils, celui-ci succéderait à Ferry comme duc de Lorraine (3).

tum beati Hylarii, mense Januario. » (*Hist. de Bret., Preuv.*, tome I col. 895.)

(1) *Olim*, édit. Beugnot, Paris 1839 à 1848, t. I, p. 561.

(2) *Olim*, t. II, p. 96.

(3) « Après ces convenances ont estei que le mariage fait, se il avenoit que la Demoiselle eût hoir maisle de celui Thiébault, et cil Thiébault morust avant que li Dus, los hoirs maisles vivant, li hoir maisle averoit la Duchiee. Et après, à la requête dou Duc et de la Duchesse, li Cuens de Julex, li Cuens de Salmes, li Cuens de Castres, li Cuens des Dous-Ponts, li dui contes de Linage et li

Les documents sont également nombreux en ce qui concerne les ^{xiv}^e et ^{xv}^e siècles et prouvent la vitalité de l'institution contractuelle à la veille même de la rédaction des coutumes. En l'an 1309, sous Philippe IV, Jeanne de Longueval réclame une certaine somme sur la succession de son père que celui-ci, par contrat de mariage, lui a promis pour le temps de sa mort : « dicta Johannes asserebat quod Guillelmus de Longueval, miles, pater dictæ Johanne, tempore quo ipse vivebat, promisit sibi pro avisamento seu maritagio suo duo millia et quingentas libras Parisienses, accipiendas super totam terram suam et solvendas post mortem dicti Guillelmi... dicebat etiam quod dictus pater suus voluit et ordinavit quod dicta Johanna haberet quadraginta libras Parisienses quolibet anno, post mortem ipsius patris, super totem terram ac hereditatem suam, pro victu et vestitu... » (1). Les *Olim* nous rapportent en date de 1312 un autre procès entre Agnès de Beauval, veuve de Robert, et ses enfants d'une part, et le seigneur actuel de Beauval d'autre part « super eo quod dicta domina contra dictum Robertum inter cetera proponebat quod dictus maritus suus, in tractatu matrimonii eorumdem, promiserat dictæ domine assidere sexcentas libratas terre

Sire de Blamont, homme de la Duchesse, donront los Lettres pendans, et chacun par lui, esquels ils cognoisteront que li hoirs maisles de celui Thiébault deveroit avoir la Duchiee et que se il avenoit que celui Thiébault morust, hoir maisle de lui vivant, ils tanroient celui hoir maisle com lor Seignour et à lui tant com Dus et Signour pour la raison de la Duchiee, obéiroient après le décès de Ferri, Dus de Lorreigne et entreroient en sa foi et en son homaige » (*Hist. eccl. et civ. de Lorraine* de Dom Calmet (Nancy, 1728), Preuves, t. II, col. 513).

(1) *Olim*, t. III, p. 411.

ad Parisienses, scilicet trecentas ad hereditandum dominam supradictam et alias trecentas ad dotandum eandem et ad hereditandum liberis ex eis procreandos » (1). De même en 1318, sous Philippe V, nous trouvons relaté un procès entre Héloïse de Liverdies, veuve de Jean de Guignecourt, et sa fille Agnès d'une part, et Aubert de Champs et Simon son frère de l'autre au sujet de l'héritage d'Agnès de Montfermal, mère de Jean de Guignecourt. Héloïse de Liverdies revendique cet héritage, en son nom et en celui de sa fille : « *cujus ballum et guardiam ipsa Heloidis se habere dicet* » en se fondant sur les conventions portées en son contrat de mariage (2). Enfin, nous voyons au commencement du xv^e siècle le comte d'Armagnac faire une institution contractuelle dans le contrat de mariage conclu entre son fils Jean, vicomte de Lomeigne, et Blanche de Bretagne, sœur du duc Jean V : « ... En faveur dudit mariage, veut et consent ledit comte d'Armagnac (Bernard, père du futur époux) que s'il advient qu'il vinst de vie à trespassement avant ledit M. le vicomte de Lomeigne, en ce cas M. de Lomeigne à lui succédera seul et pour le tout ez terres et seigneureries qui s'ensuyvent, c'est assavoir ez comtés d'Armagniac, de Fessansac... notwithstanding quelque nombre d'enfants mâles ou femelles qu'il ait nez et procroyez au temps de son décès (3).

A ce moment, les institutions contractuelles sont si bien enracinées dans les contrats de mariage que les auteurs en font mention. Le vieux praticien Masuer,

(1) *Olim*, t. IV, p. 728.

(2) *Olim*, tome IV, p. 1430.

(3) *Mémoires pour serv. de prouv. à l'hist. de Bretag.*, tome II, col. 771 et suiv.

écrivait sur la coutume d'Auvergne, dit en son titre 32 : « Quant à l'institution testamentaire, elle n'a force que de legs et ne vaut que pour la quatrième partie... Toutesfois ce que nous venons de dire touchant l'institution testamentaire n'a lieu en la conventionnelle si elle est faite par contrat de mariage ou de société, car elle est bonne en tout et partout, en faveur desdits contrats, comme nous avons dit au titre des associations » (1).

Cependant, dans le même temps que l'institution contractuelle prenait pied dans le contrat de mariage, elle commençait par ailleurs à céder la place au testament.

II. Ce sont les Croisades qui portèrent le premier coup au principe d'irrévocabilité. Partant pour un long et périlleux voyage, les Croisés sentaient le besoin de mettre ordre à leurs affaires, sans néanmoins aliéner définitivement leurs biens; afin de se réserver le droit de rentrer en possession au cas où ils reverraient la mère patrie, ils remirent en usage les donations à cause de mort (2). Puis, sous l'influence des canonistes, imbus des principes romains, le testament se fait jour avec ses

(1) Masuer, *Practica forensis*, trad. de Fontanon, Lyon 1608, tit. 32; v. ég. Benedictus, *De testam.*, cap. Raynut., sect. *duas habens filias*, n° 200; — Décus, *Consilia*, 102, n° 2.

(2) *Cartul. de Cluny*, n° 3755, tome V, p. 108 : « In nomine Domini nostri Jesu Christi, Bernardus Veredunus, commotus exemplo volentium salvare animas suas, proficiscens Jherusalem relinquit honorem suum de Varingis et domum suam de Cluniaco cum omni supelleptile domus et ortum qui adheret domui, Theobaudio sororio suo et Girberge sorori sue tali condicione ut, si redierit, parcientur per equas partes et reddiderit quindecim solidos Theobaudio. Si vero obierit, Teobaudus et uxor ejus habeant omnia in pace. » (Vers 1100.) — V. ég. *S. Petri Carnot.*, tome II, n° 26, 59 et 149.

véritables caractères. « Les décisions pontificales qui, successivement collationnées et compilées dans la seconde moitié du ^{xii}^e siècle, ont fini par former le titre XXVI, livre III des *Décrétales* de Grégoire IX, supposent constamment l'existence du testament au sens classique du terme. Elles admettent l'institution d'héritier et ne se présentent que sous l'apparence de dérogations aux règles justiniennes, considérées comme droit commun et fondement de la législation testamentaire. On comprend alors quel fut l'effet sur la pratique de cette influence canonique : les prêtres engageaient les malades à tester selon le procédé qui ralliait leurs préférences, à raison de son origine romaine, et dont les juges d'Eglise ne manquaient pas de proclamer la parfaite validité. Aussi les actes à cause de mort *stricto sensu* se multiplient-ils à partir du milieu du ^{xii}^e siècle » (1).

Bientôt l'influence des romanistes proprement dits vint s'ajouter à celle des canonistes. Cultivé au ^{xi}^e siècle en Italie, surtout dans les villes de la Toscane et de la Lombardie, le droit romain acquit en peu de temps une vogue immense. Le goût de ces études s'introduisit en France avec Placentin, élève de l'école de Boulogne qui vint en 1190 enseigner à Montpellier les textes de Justinien (2), et, malgré les entraves apportées par l'auto-

(1) Auffroy, *loc. cit.*, III^e part., tit. I, chap. II, p. 429 et 430. — On peut voir dans le *Recueil des Ordonnances* le testament de Philippe Auguste en 1190, et dans l'*Histoire de Lorraine* de dom Calmet le testament fait en 1235 par Hugues de Vaudémont. (*Hist. ecclés. et civ. de Lorraine*, Nancy 1728, tome II, Preuves, colon. 448.) — V. ég. *Cartul. de Cluny*, n^o 4205, tome V, p. 550 et n^o 4260, tome V, p. 613.

(2) Cependant certains ont prétendu que dès le ^{xi}^e siècle, Lan-

rité ecclésiastique qui se montrait hostile à l'enseignement d'un droit païen, des écoles florissantes s'ouvrirent bientôt à Montpellier, Toulouse, Orléans, Bourges. Les légistes qui sortirent de ces écoles professaient pour le droit romain un culte véritable et tenaient en profond mépris les coutumes nationales. Ils s'efforcèrent d'en ramener les dispositions aux principes romains, ou de les supprimer si elles y contredisaient trop ouvertement. C'est ainsi qu'ils firent prévaloir peu à peu le testament romain, révocable jusqu'à la mort, sur l'institution contractuelle, irrévocable de sa nature. A partir du ^{xiii}^e siècle, celle-ci se trouva en fait à peu près cantonnée dans les **contrats de mariage**.

Cependant on rencontre des exceptions. Les Archives de l'Yonne mentionnent le don fait en 1239 par le diacre Siméon de tout son héritage à l'abbaye de Reigny pour le temps qui suivra sa mort : « H., archidiaconus Avalonensis, omnibus presentes litteras inspecturis salutem in Domino : Noverit universitas vestra quod magister Simeon, diaconus in presentia nostra constitutus dedit in elemosinam puram et perpetuam ecclesie Regniacensi totam hereditatem suam ubicumque esset, in terris, pratis, ochiis, vineis, closis, saucetis, domibus et grangiis... » (1). Le *Conseil de Pierre de Fontaines* témoigne également que l'institution contractuelle pouvait encore au ^{xiii}^e siècle avoir lieu dans toutes espèces de contrats : « La covenance que tu dis qui fu fète entre II frères

franc, ancien professeur à l'école de droit de Pavie, et plus tard archevêque de Cantorbéry, avait enseigné le droit romain à l'abbaye du Bec, en Normandie.

(1) *Bulletin du Comité des travaux historiques et scientifiques*, sect. d'hist. et philolog., année 1884, n° 12.

qui n'avoient nul enfant, que liquez que morust devant, ses heritages revenist à l'autre, ne puet riens nuire al ainzné en franc-fié, ne as autres enfans en vilenage : car en ce cas a li ainzés le franc-fié et li vilenages est partissables ; ne on ne fet mie oir qui communent de son éritage par nostre usage » (1). Masuer dans sa *Practica forensis*, atteste que même de son temps l'institution d'héritier pouvait se faire par contrat d'association : « Et combien que l'institution testamentaire ne vaille par la coustume sinon que jusques à la concurrence d'un quatriesme ; toutesfois celle qui est incidente et conventionnelle vaut pour le tout en deux cas, à scavoir en contrat de société de tous et chacuns les biens des contrahans et en contrat de mariage, de manière que s'il estoit convenu et porté par les contracts d'association ou de mariage que le survivant succédast au prémourant, la convention seroit bonne ; car en ce cas telle convention apposée et adhérente au contract le fait subsister et lui donne assurance, tellement que la disposition qui est de soy inefficace se change en la nature de l'adjoint auquel elle est adhérente incidemment et conséquemment vaut suivant la nature du contract » (2). Il n'en est pas moins vrai que ce sont là des exceptions et qu'en général l'institution contractuelle a cédé la place au testament.

Mais comment se fait-il qu'elle ait persisté dans les contrats de mariage ? Il faut en chercher l'explication

(1) *Conseil de Pierre de Fontaine*, édit. Marnier, Paris, 1846, chap. xv, n° 7.

(2) *Practica forensis*, titre 28. — On peut voir égal. *Benedictus, de testam.*, cap. Raynut., sect. Duas filias ; et Décius, *Consilia*, 102, n° 2, qui traitent de la convention de succéder faite entre deux frères.

dans les services rendus à la féodalité ; nécessaire au maintien de l'état de choses établi, puisqu'elle avait pour but d'assurer le service des fiefs, elle s'imposa aux légistes qui, ne pouvant la détruire, s'efforcèrent alors de la justifier en la rattachant à la nouvelle 19, au Code *De Pactis*. Au lieu de ne voir là qu'un testament militaire, ils y voulurent découvrir un pacte sur succession future. Déjà Barthole se demandait s'il n'y avait pas lieu d'appliquer aux possesseurs de fiefs ce prétendu privilège accordé aux soldats romains : « Pactum de succedendo invicem non habet vim ultimæ voluntatis, nisi inter milites... Quæritur an ista lex procedat in militibus nostri temporis. » Cette question fut résolue par les glossateurs, et à leur suite par les feudistes, dans le sens de l'affirmative. Le vassal est en effet un soldat, c'est l'homme d'armes de son suzerain. « De toutes les obligations imposées au vassal envers son suzerain, dit M. Anouilh, la plus générale, celle que l'on peut regarder comme le fondement même des relations des possesseurs de fiefs entre eux, c'est assurément l'obligation du service militaire, « *Domino guerram faciente, vasallus eum adjuvare tenetur* » (*Feud.*, lib. II, tit. XXVIII) » (1). Aussilions-nous dans les *Décisions* de Nicolas Boyer : « Et tamen favore militiæ valet donatio hereditatis collata post mortem etiam quando miles donavit tanquam hereditatem » (2).

(1) Anouilh, *loc. cit.*, p. 15.

(2) *Decisiones burdegalenses*, Lyon, 1603, chap. IV, n° 204.

SECTION III

LIMITES DU DROIT DE DISPOSER

I. Cette étude comprend à la fois celle des incapacités et celle des limitations proprement dites. La première offre beaucoup de difficultés car les documents sont rares à cette époque. Cependant il est certain que les serfs ne pouvaient pas plus disposer par institution contractuelle qu'autrement. Les hérétiques, les forsbannis, les condamnés à mort en étaient également incapables, puisque leurs biens étaient confisqués (1). La même solution doit être admise pour les aliénés et pour les moines quand ils ont fait vœu de pauvreté (2). Au contraire, les évêques, chanoines et prêtres séculiers pouvaient librement disposer de leurs biens (3).

II. L'étude des limitations est double, car ces limitations sont de deux sortes. Les unes sont imposées dans l'intérêt du seigneur, les autres dans celui de la famille du disposant. Les premières se rattachent à la constitution foncière, les secondes à l'organisation de la famille. D'abord viagères, et par conséquent inaliénables et intransmissibles, les tenures devinrent bientôt héréditaires.

(1) V. 4^e Conc. de Latran; v. ég. *Très ancien coutumier de Normandie*, édit. Tardif, Rouen, 1881, 1^{re} part., chap. LXXXVIII, § 1.

(2) V. *Décrétales* d'Innocent III, X, III, 27, chap. III; v. ég. *Grand coutumier de Normandie*, édit. Tardif, Rouen, 1896, ch. XXV, § 8. — *Coutumes de Beauvoisis* de Beaumanoir, édit. Beugnot, Paris, 1842, XII, 45.

(3) V. Auffroy, *loc. cit.*, III^e part., tit. I, chap. IV, p. 457 et suiv., et IV^e part., tit. I, chap. IV, p. 608 et suiv.

res, mais restèrent inaliénables et ne purent être transmises qu'avec l'agrément du suzerain. Nombre de chartes des ^x^e et ^x^e siècles mentionnent l'approbation donnée par le seigneur à la donation faite par le vassal (1). Cependant le principe alla peu à peu s'affaiblissant; on vit au ^x^e siècle et surtout au ^x^e l'usage se répandre d'octroyer par avance à tous les habitants d'un pays déterminé le droit de disposer librement de leurs biens; le mouvement commencé par les censives finit par atteindre les fiefs et bientôt le domaine éminent des seigneurs ne fut plus qu'un souvenir (2).

Les limitations familiales furent moins éphémères et se trouvèrent sanctionnées par la rédaction des coutumes. Dérivées de la copropriété familiale des tribus

(1) *Cartul. S. Petri Carnot.*, tome I, p. 232, n° 7 : « Ego, Willelmus de Sumbone, militiæ armis accinctus, terrenarum rebus locupletissimus... notum esse volo quod quidam meus fidelis, nomine Sulpicius, votum habuit in cœnobio S. Petri Carnotensis, ab hoc deceptili seculo nudus, veri Dei famulatui se mancipari, et beneficium quod ex me tenebat, in territorio Carnotensi, clavigeri summo ac monachis inibi militantibus, in stipendiis ipsorum, relinquere... Nos autem duximus illud beneficium quale sit ostendere, id est quicquid in parrochia domni Germani, in ecclesia videlicet, in decimis in terris... videbatur ex me tenere. Hoc totum pro anima sua præfatus Sulpicius apostolorum principi et ejus monachis reliquit. Quod et ego, Eustschii abbatis et monachorum prece ductus, cum uxore mea Ermengarde et unico filio vocabulo mei nominis nuncupato, pro redemptione animarum nostrarum fieri volui; et die Purificationis almæ matris Domini, super altare Petri apostoli assensum posui... » — V. ég. t. I, p. 95, n° 4; t. II, p. 504, n° 48 et *Cart. de Redon*, n° 295, p. 246.

(2) V. d'Espinay, *La féod. et le dr. civ. franç.*, liv. II, chap. xi, p. 295 et suiv.; v. ég. Auffroy, *Évol. du test. en Fr.*, III^e part., tit. I, chap. iv, p. 461 et suiv., et IV^e part., tit. II, chap. iv, p. 615 et suiv.

germaniques, elles se manifestent aux ^x_e et ^{xi}^e siècles par l'approbation ou *laudatio* données par les proches aux donations consenties par le disposant. « On lit, dit M. d'Espinay, au bas de presque tous les actes la mention de leur consentement; épouse, fils, fille, père, mère, aïeux, frères et sœurs, neveux et nièces, oncles, tantes et cousins, tous ceux qui pouvaient prétendre à la succession venaient, sans distinction d'âge, de sexe ou de condition sociale, donner leur assentiment à l'acte qui devait faire sortir un bien de la famille... Lorsqu'il existait des enfants, on n'appelait pas toujours les héritiers collatéraux, et parmi ceux-ci, s'il y avait des frères ou des sœurs, on appelait rarement les autres parents. Le concours de ceux qui avaient un intérêt direct était requis de préférence à celui des héritiers dont l'intérêt était plus éloigné » (1).

Cette intervention des héritiers était-elle exigée sous peine de nullité de l'acte, ou bien n'y avait-il là qu'une simple question d'usage et de convenance? Il est probable qu'il faut adopter la première opinion pour ce qui est du cas où le donateur avait des enfants, car nombre de chartes semblent, nous l'avons vu, faire de l'absence d'enfants une condition essentielle à la validité de la disposition. Mais en face de parents plus éloignés, le disposant conservait sans doute une liberté assez grande (2). Cependant, il n'y avait pas là-dessus de

(1) *Cartul. angev.*, chap. xi, § 1. — V. *Cart. de Cluny*, n^{os} 127, 491, 738, 1311, 3535, 3672, 4020; *Cart. de Saint-Père de Chartres*, t. I, n^{os} 6, 8 et 12; t. II, n^{os} 103, 488 et 593; *Cart. de Redon*, n^{os} 320, 370, 372, 389; *Cart. de Saint-Serge d'Angers* f^{os} 154, 293, 321; *Liv. noir de Saint-Florent*, n^{os} 16, 26, 109, 182; — V. ég. les citations de M. d'Espinay dans *Les Cart. angev.*, p. 250.

(2) C'est là l'opinion de M. Affroy (*loc. cit.*, III^e part., tit. I, ch. iv,

principes bien établis, et pour éviter toute difficulté, étant donné surtout les traditions germaniques de copropriété familiale, on avait recours le plus souvent à la *laudatio* des proches. Cette formalité avait lieu surtout pour la donation des propres, car pour ce qui est des acquêts, on admettait généralement la libre disposition du donateur. On ne faisait par contre aucune distinction, eu égard à la nature du bien, entre les tenures nobles et les tenures roturières. Telles sont du moins les conjectures que l'on peut tirer de la rédaction des chartes qui nous sont parvenues, car jusqu'au xiii^e siècle, les documents précis nous font défaut.

A partir de cette époque, au contraire, nous possédons des renseignements certains. Grâce à Beaumanoir, à Pierre de Fontaines et aux autres auteurs des xiii^e et xiv^e siècles, nous savons que la théorie des réserves coutumières était dès lors formée, que l'on pouvait tester librement de ses meubles et de ses conquêts en entier, mais qu'une forte portion des propres était réservée à la famille. Cette réserve variait, selon les pays, des deux tiers aux quatre cinquièmes des propres (1).

p. 468 et suiv.) et elle est corroborée par certaines chartes qui revendiquent en ce cas une liberté absolue de disposer. V. *Cart. de Cluny*, n^os 119 (ann. 910-927), 1520 (ann. 983), 2974 (ann. 1049), 3765 (ann. 1100). — *Cart. de Saint-Père de Chartres*, t. II, n^o 59 (ann. 1117). — *Cart. de Redon*, n^o 308 (ann. 1066-1075).

(1) V. Beaumanoir, *Coutumes de Beauvoisis*, édit. Beugnot, XII, 3 : « Chascuns gentixhons ou hons de poeste, qui n'est pas sers, pot, par nostre coustume, laissier en son testament ses muebles, ses conquès et le quint de son heritage, là u il li plest, exeptés ses enfans as quix il ne pot plus laissier à l'un qu'à l'autre. » — P. de Fontaines, *Conseil à un ami*, édit. Marnier, chap. xxxiii, § 3 : « Ce puez tu entendre par nostre usage quant li homme n'a riens

La réserve était-elle la même pour les institutions contractuelles ? C'est bien probable, car à cette époque on ne les avait pas encore nettement différenciées des testaments et elles en tenaient lieu encore quelquefois. D'ailleurs nous verrons que, même après la rédaction des coutumes, un assez grand nombre d'auteurs étaient d'avis de les assimiler sur ce point aux dispositions testamentaires. Cependant déjà Masuer se prononçait pour la négative. « L'institution conventionnelle d'héritier, comme nous avons dit cy devant, faite par le contrat de mariage ou de société vaut solidairement et pour le tout ; ce qui est vray s'il n'y avoit point d'enfants naturels et légitimes, car on ne les pourroit priver de leur légitime, qui est deüe par le droit de nature, ny par une donation universelle de tous biens faite entre-vifs, ny par aucuns des contracts susdits. Et si on demande de quoy est doncques la coherence du contract, je dy de beaucoup, d'autant que telle donation ou institution est bonne pour le surplus de ce qui demeure, la légitime en estant tirée et distraicte, laquelle autrement ne pourroit valoir que pour un quatriesme de tous les biens du défunt, non plus que l'institution ou disposition testamentaire, obstant et y répugnant la coustume ci-dessus alléguée. Et si on répliquoit que la donation faicte entre-vifs ne devroit avoir plus de force et d'énergie que l'institution faicte par le contrat de mariage ou de société, il faut

fors muebles ou conquez, qu'il puet tot leissier à qui qu'il vorra par la costume dou país. » — *Li Livres de Jostice et de Plet*, édit. *Rapetti*, Paris, 1850, XII, 3, § 1 : « Home ou femme puet doner en testament le quint de son héritage, et toz ses mobles, et toz ses conquez, et plus non, ait enfanz ou n'ait enfanz. D'achest l'en puet testamenter. »

répondre qu'elle a plus de vertu en ce que les biens présents ne peuvent être vendus ni aliénés et par aventure encores pour ce que les autres biens futurs ne seront affectez ni obligez au paiement des legs » (1). Mais il peut se faire que le père de famille n'ait que des meubles ou des conquêts; pourra-t-il en disposer au profit d'un étranger et déposséder ainsi complètement ses enfants? Rien ne l'en empêcherait d'après les principes purement coutumiers; mais les jurisconsultes de l'époque interviennent et s'efforcent d'introduire en France la pratique de la légitime romaine. P. de Fontaines demande qu'on laisse aux parents et aux descendants au moins une « sostenance » qui leur permette de vivre selon leur condition (2). Ces restrictions qui finirent par s'implanter dans les pays coutumiers furent applicables aux institutions contractuelles comme aux testaments.

(1) *Practica forensis*, tit. 32.

(2) *Conseil à un ami*, chap. xxxiv, § 3. — Beaumanoir exprime la même idée : « Noz ne nous acordons pas que tex testamens soit tenus, ançois doit estre retret du testament tant que li hoir puissent resnablement vivre et avoir lor soustenance selonc lor estat... Donques pot on veoir que ce que noz avons dit quant on laisse le tout à estranges persones, l'on doit secorre as hoirs du testament, c'est à entendre, quant il sont povre et ne l'on pas mefet, pour droite cause de pitié. » (*Cout. de Beauvoisis*, XII, 47 et 48.)

CHAPITRE III

L'institution contractuelle depuis la rédaction des coutumes jusqu'à la Révolution française.

SECTION PRÉLIMINAIRE

Quand les barbares aux iv^e et v^e siècles envahirent la Gaule romaine, ils ne tentèrent point d'imposer aux vaincus leurs lois et leurs usages, mais leur permirent au contraire de conserver leur législation personnelle. Comme d'un autre côté les conquérants se divisaient en plusieurs tribus dont chacune avait des mœurs et des lois distinctes, on vit dans un même pays des individus obéissant à une foule de lois différentes. Ce fut le système de la personnalité des lois : les Burgondes étaient régis par la loi Gombette, les Wisigoths, par la *lex Wisigothorum*; les Francs Saliens avaient la loi salique et les Ripuaires celle qui porte leur nom; enfin les Gallo-Romains obéissaient à la loi romaine.

Ce système dura pendant les deux premières races de nos rois, et c'est à peine si, durant tout ce temps, quelques capitulaires vinrent mettre un peu d'unité dans la législation. Mais, du jour où à Kiersy-sur-Oise Charles le Chauve eut accordé aux ducs et comtes l'hérédité de leurs bénéfices, la situation commença à se modifier. Chaque titulaire, devenu à peu près indépendant, voulut

être seigneur absolu dans ses domaines ; or, la diversité des lois était un obstacle puissant à cet absolutisme qui reposait sur l'identification de l'homme avec la terre, base de tout le système féodal. Le seigneur, réunissant en sa personne les droits de souveraineté et de propriété dans toute l'étendue de son fief, ne pouvait plus voir en ceux qui l'habitaient que des sujets soumis au même titre à sa juridiction absolue. Donc, sans s'inquiéter de leur origine, il leur appliqua indistinctement la même loi : la *lex loci* ou *lex terrena*, qui fut nécessairement la loi en usage, à l'époque où la féodalité prit naissance, chez la majorité des habitants. D'ailleurs, l'eussent-ils voulu, les seigneurs n'auraient pu appliquer le système de la personnalité des lois. Au milieu des luttes sans fin qui désolèrent cette époque, les ténèbres de l'ignorance s'étaient épaissies à un tel point que peu de gens avaient conservé quelques notions juridiques. Seuls, les couvents avaient gardé le goût de ces études, et les seigneurs, grands ou petits justiciers, auraient été fort empêchés de rendre la justice suivant les lois étrangères à leur domaine. Aussi se bornèrent-ils, dans tous les cas, à appliquer les usages ou coutumes du lieu, et la personnalité des lois fit ainsi place au système de la territorialité.

Mais ces coutumes, issues de la féodalité, différaient étrangement entre elles ; Philippe de Beaumanoir pouvait dire : « Chaque seigneurie a son droit civil, et dans tout le royaume, il n'y a peut-être pas deux seigneuries qui soient gouvernées de tout point par la même loi ». Rien à cela d'étonnant, puisqu'indépendamment des différences primitives, chaque coutume s'était modifiée suivant le tempérament et les mœurs des habitants. Ajoutez à cela l'influence des lois canoniques et, à par-

tir du xiii^e siècle, celle du droit romain de Justinien invoqué par les légistes de l'époque pour compléter le droit des coutumes; ajoutez aussi les règles locales introduites sous l'influence des seigneurs pour faciliter leur domination et perpétuer la puissance de leur race, et nul ne s'étonnera des contradictions sans nombre qui se rencontraient entre les coutumes. Si l'on considère qu'elles-mêmes étaient en nombre très considérable (résultat forcé du morcellement féodal) et qu'aucune n'était écrite, il est aisé de deviner à quelles difficultés donnait lieu l'application de la loi !

Pour juger un différend, il était nécessaire de faire la preuve de la coutume par témoins et naturellement la fraude et le faux témoignage se donnaient libre carrière, et devant l'incertitude et les contradictions des témoignages, l'arbitraire du juge demeurait presque absolu. Pour mettre fin à ces abus, Charles VII, quand le pays fut délivré des Anglais, ordonna la rédaction par écrit de toutes les coutumes, « considérant que si les coutumes, usages et stiles estoient rédigez par escrit, les procez en seroient de trop plus brieves et les parties soulevées de dépenses et mises, et aussi les juges en jugeroient mieux et plus certainement » (1). Cependant Charles VII ni Louis XI n'eurent le temps de s'occuper beaucoup de faire exécuter cette rédaction et ce fut seulement sous Charles VIII, Louis XII et François I^{er} que la plupart des coutumes furent rédigées. Mais il fallut un temps assez long pour recueillir et coordonner tous les anciens usages, si bien que les coutumes étaient à peine rédigées que, par suite des changements survenus,

(1) *Ordonnance de Montil-lès-Tours*, année 1453, art. 125.

le besoin d'une réformation se fit sentir. Elle fut exécutée vers la fin du *xvi*^e siècle.

C'est donc aux *xv*^e et *xvi*^e siècles, après de longues années de luttes contre le droit romain, que l'institution contractuelle acquit enfin droit de cité définitif dans notre législation par la rédaction et la réformation des coutumes. Mais elle subit une modification profonde : elle se trouva cantonnée dans les contrats de mariage. D'après ce que nous avons dit au chapitre précédent, il est à croire que les coutumes ne firent ainsi qu'enregistrer un usage devenu à peu près général à l'époque de leur rédaction. Quoi qu'il en soit, les romanistes auraient vivement désiré débusquer l'institution contractuelle, même de son dernier retranchement, mais devant la résistance des feudistes, ils durent battre en retraite. C'est qu'en effet, nous l'avons vu, la féodalité s'était approprié l'institution contractuelle, et c'est elle tout probablement qui l'avait introduite dans les contrats de mariage.

Au *xv*^e siècle, il est vrai, il ne saurait plus être question de la desserte des fiefs, puisque la féodalité proprement dite, s'écroulant sous les coups répétés que lui portait la royauté, a fait place à l'aristocratie de naissance et à l'ordre de la noblesse. Mais on invoque la conservation des biens dans les familles nobles et le maintien de la splendeur du nom. Alors s'opère une transaction entre les sectateurs du droit romain et les tenants de l'aristocratie féodale ; on maintient les conventions de succéder, mais on les renferme dans les contrats de mariage. Les anciens auteurs donnent, il est vrai, un motif différent : la grande faveur due aux mariages ; mais ce motif est faux, comme l'histoire de l'in-

introduction de l'institution contractuelle dans les contrats de mariage le prouve surabondamment; puis, en fait, les convenances de succéder ne se rencontrent à cette époque que dans les mariages entre nobles; nous en trouvons de nombreux témoignages dans les écrits de Boerius, Aufrerius, Benedictus, le président Bouhier, Hervé, Lebreton etc..., enfin ce caractère aristocratique de l'institution contractuelle a même passé dans la rédaction de certaines coutumes qui ne l'admettent formellement qu'entre nobles; telles sont par exemple les coutumes d'Anjou et du Maine (1).

L'institution contractuelle n'est donc plus au xv^e siècle qu'une des nombreuses mesures prises pour favoriser les alliances de la noblesse et maintenir l'éclat des grandes familles. Elle se place tout naturellement à côté des reconnaissances d'aînés et principaux héritiers et des renonciations des filles nobles à la succession de leurs parents. Baluze, dans son *Histoire de la maison d'Auvergne*, nous fait connaître le contrat de mariage passé en 1423 entre Blanche, fille Béraud, dauphin d'Auvergne, et Jean de Lespinasse, qui met bien en relief le caractère de l'institution contractuelle à cette époque. La fiancée renonce à la succession paternelle : « eu égard aux privilèges des barons et nobles des grands hosteaux d'Auvergne, particulièrement de l'hôtel du Dauphin, lesquels, pour la conservation de leur nom et armes, grandeur de leur hôtel et estat et les frais qu'il font pour servir bien armés à la tuition du royaume et de la chose publique, ont coutume d'instituer leur fils aîné leur héritier universel. » C'est désormais la phy-

(1) *Cout. d'Anj.*, art. 245; *Cout. du Maine*, art. 262.

sionomie que l'institution contractuelle gardera jusqu'à la Révolution. Survivant dans nos codes au motif qui avait fait sa grandeur, elle tombera bien vite en désuétude.

Il est à remarquer que l'institution contractuelle n'a pas été sanctionnée formellement par toutes les coutumes; beaucoup d'entre elles, et des plus importantes, telles par exemple que celles de Paris et d'Orléans, n'en font aucunement mention. Il n'en faudrait pas conclure cependant qu'elle était inconnue dans ces pays; suivant une expression de Coquille, elle fut acceptée partout comme une coutume générale, non écrite; bien plus, elle fit invasion même dans les pays de droit écrit, domaine incontesté du droit romain, où elle était restée jusqu'alors, sinon inconnue, du moins fort rare. Dès le début du xvi^e siècle, nous trouvons la preuve de cette expansion dans une coutume locale : « La ville de la Chaise-Dieu, combien qu'elle se régisse par droit écrit, toutefois ont accoutumé que les convenances de succéder et autres apposées ès contrats de mariage et associations sont valables » (1). Les parlements de droit écrit l'admirent eux-mêmes bientôt sans difficulté (2). Voici dans ce sens ce que nous lisons dans les commentaires de Furgole sur l'article 13 de l'ordonnance de 1731 : « On observe pour règle générale en France que les institutions contractuelles ou conventions de succéder au profit des mariés, de l'un d'eux ou de leurs descendants sont bonnes et valables, en quelques formes et en quelques termes qu'elles soient conçues, non seulement en pays coutumier quoique la coutume n'en parle

(1) La rédaction de cette coutume remonté à 1510.

(2) V. Brodeau sur Louët, lettre S, n^o 9 (Paris, 1627).

pas et quand même les institutions d'héritier par testament n'y seraient pas reçues ; mais encore dans les pays de droit écrit, en quoi l'on a dérogé à la jurisprudence romaine qui ne permet pas de déléguer la succession autrement que par testament ou *ab intestat*... et qui réprouve toutes sortes de conventions de succéder faites par contrat, de même que les renonciations à l'hérédité d'une personne vivante. » De même dans les commentaires de Mornac sur la loi 15 *de pactis* : « Et cum partes Galliae quæ solo jure scripto utuntur nihil fere præter romanam prudentiam admittant ; tamen, in hoc acquiescunt universis imperii Gallici moribus, maxime inter nobiles, si modo jurejurando contrahentium subnixa sit conventio... » Ce dernier membre de phrase fait allusion à une jurisprudence introduite en 1299 par le pape Boniface VIII : une fille avait renoncé avec serment dans son contrat de mariage à la succession de son père, et la question se posa, à la mort du père, de savoir si la fille était tenue, les pactes sur succession future étant interdits par le droit romain. Le pape consulté répondit que, si le serment avait été libre, le pacte devait être respecté. La vitalité des institutions contractuelles dans les pays de droit écrit est attestée de même par Lebrun, Ricard, Boucheul, Despeisses, etc...

L'institution contractuelle se généralisa tellement que les rois de France la réglementèrent dans leurs ordonnances comme une institution commune à la France entière. C'est ainsi que Charles IX, par l'article 59 de l'ordonnance d'Orléans, rendue en 1560, limite à deux degrés, non compris l'institution, les substitutions faites à l'avenir par « testament et ordonnance de dernière volonté ou entre-vifs et par contrats de mariage ou

autres quelconques ». Le même Charles IX, dans l'article 57 de l'ordonnance de Moulins de février 1566, restreint à quatre degrés les substitutions déjà faites « en quelque disposition que ce soit, par contrat entre-vifs ou de dernière volonté. » Ces articles ne parlent, il est vrai, que des substitutions, mais celles-ci ne sont, comme chacun sait, que des institutions à un second ou subséquent degré. Louis XV décide, en l'article 17 de l'ordonnance de Versailles de 1731 sur les donations, que « les institutions contractuelles... ne pourront être attaquées par le défaut d'acceptation ». On peut voir également dans son ordonnance de 1747 sur les substitutions un grand nombre de dispositions se rapportant à l'institution contractuelle, l'article 12, entre autres, déclare : « Voulons que lesdites institutions, comme aussi les substitutions qui y seront apposées soient irrévocables, soit entre nobles, soit entre roturiers, dans les pays où elles sont en usage »; et l'article 14 : « Lorsque la donation ou l'institution contractuelle aura été faite à charge de remettre les biens donnés à celui que le donateur ou le donataire voudra choisir, celui qui sera élu ne pourra, sous prétexte de l'élection faite en sa faveur, être chargé d'aucune substitution ».

Cependant il ne faudrait pas conclure de ce caractère général des ordonnances qu'elles eurent pour résultat d'unifier partout la législation des institutions contractuelles. Non, elles eurent seulement pour effet de les soumettre à certaines règles uniformes dans les pays où elles étaient reçues; sur les autres points, les coutumes purent conserver leurs usages propres et même la coutume de Berry n'admit jamais, dit-on, les institutions contractuelles. Ceci s'explique par l'histoire de

la rédaction des coutumes. On sait qu'elle fut faite dans chaque province par des praticiens sous la surveillance de commissaires royaux. Or, Cl. de Ferrières fait observer en son *Dictionnaire* que ces commissaires royaux, qui ne devaient en principe qu'assister à la rédaction et à la réformation des coutumes afin de sauvegarder les intérêts du Roi et de l'État, ont malgré tout imprimé leur génie aux coutumes et contribué à rendre plusieurs de leurs dispositions peu conformes à la raison ou aux mœurs des provinces. C'est ainsi que le premier président Lizet, désigné pour assister en qualité de commissaire royal à la rédaction de la coutume de Berry en 1539, étant, suivant l'expression des contemporains, grand sectateur du droit romain, en fit pénétrer les principes dans cette coutume, quoiqu'elle n'en eût jamais eu la moindre teinture auparavant. Voici, en effet, ce que porte cette coutume au sujet des institutions contractuelles (1) : « Jaoit que le mari et la femme, avant le mariage solemnisé ou consommé, puissent donner simplement ou mutuellement l'un à l'autre, toutefois il ne pourront, par ledit contrat, instituer héritier l'un l'autre, soit mutuellement ou simplement... comme dit est en tous biens universellement; mais bien pourront dès lors donner leurs biens simplement ou réciproquement l'un à l'autre qui sera survivant, conférant par ce moyen l'effet et exécution de la donation simple ou mutuelle, après la mort du donateur, et aussi faire convention réciproque ou simple de l'obvention et succession en aucuns biens particuliers. » L'article 6 ajoute : « Ladite institution d'héritier, faite en contrat de ma-

(1) *Cout. de Berry*, chap. viii, art. 5.

riage en faveur des descendants dudit mariage, n'est valable; mais bien les donations en faveur d'iceux ou conventions de succéder en certains biens, pourvu qu'elles ne soient universelles de tous biens présents et à venir. »

On a cru pouvoir en conclure que la coutume de Berry rejetait l'institution contractuelle: mais La Thaumassière, qui en a fait un commentaire remarquable, fait observer que ces articles, étant contraires au droit commun de la France, doivent être interprétés restrictivement. Comme ils ne parlent que des institutions contractuelles faites par les futurs époux au profit l'un de l'autre ou en faveur des descendants de leur mariage, il faut tenir pour valables les institutions contractuelles faites par les étrangers en faveur des époux et de leurs descendants; et, sous le nom d'étrangers, il faut ici comprendre les pères et mères des futurs époux et généralement tous leurs parents et amis. En faveur de cette opinion, La Thaumassière invoque un arrêt rendu en la grand'chambre du Parlement, au mois d'avril 1642. En outre, il faut noter que la coutume de Berry permet aux époux eux-mêmes les donations de biens à venir à titre particulier.

Si la coutume de Berry se fait remarquer par son hostilité à l'institution contractuelle, les coutumes d'Auvergne, du Bourbonnais, du Nivernais et de la Marche lui donnent au contraire une consécration explicite et renferment le droit commun en cette matière. Ce sont même, à vrai dire, les seules qui aient formellement prévu et réglementé cette institution et c'est dans ces coutumes que nos anciens auteurs ont puisé les règles générales qui les régissent afin de suppléer au silence

des autres coutumes ou compléter leurs données insuffisantes.

SECTION I

FORMES DE L'INSTITUTION CONTRACTUELLE

§ 1^{er}. — *Dans quels actes peut-elle se faire?*

Nous l'avons vu, l'institution contractuelle dans le droit coutumier, ne peut se faire que par contrat de mariage. C'est là la règle générale; elle est attestée par Lebrun (1): « La première condition de ces institutions est qu'elles soient faites dans des contrats de mariage, parce que l'institution d'héritier n'étant point de notre droit coutumier et l'institution contractuelle étant contre le Droit (*il s'agit ici du droit romain, considéré comme la base de toute législation*) on ne l'a admise que par la faveur extrême des contrats de mariage ». G. Coquille, Cl. de Ferrières, E. de Laurière, Ricard et, pour mieux dire, tous ceux qui ont traité de la matière se rangent à l'avis de Lebrun. Il est un point sur lequel tous les auteurs également s'accordent, c'est qu'il ne suffit pas que l'institution contractuelle soit faite par contrat de mariage, il faut encore qu'elle précède le mariage; autrement on ne saurait dire qu'elle est faite en sa faveur; c'est l'idée qu'exprime le président Favre dans son traité *De erroribus pragmaticorum* : « Ubi matrimonium contractum est, nullas potest recipere pactiones quæ legibus prohibeantur, nec si quis velit in eam matrimonii favorem obtinere, quia non potest dici contrahentes aliter non

(1) *Traité des succes.*, liv. III, chap. II, n° 9.

fuisse contracturos qui jam contraxerunt. » Aussi décidait-on généralement que, faite dans un contrat postérieur à la célébration, l'institution contractuelle restait stérile et inefficace. C'est la solution donnée par Dumoulin qui valide au contraire l'institution si le contrat précède de longtemps le mariage : « *etiamsi tractatus iste diu præcedat matrimonium, secus si sequatur* ». De même Lebrun : « Il faut observer qu'il n'importe pas que les institutions contractuelles soient faites incontinent avant le mariage, mais qu'elles peuvent être faites longtemps devant, et qu'au contraire, elles ne le peuvent être par un contrat postérieur au mariage » (1).

Cette solution ne peut nous étonner de la part des jurisconsultes du pays coutumier, qui rejetait généralement tout contrat de mariage passé après la foi baillée et la bénédiction nuptiale; mais elle est opposée aux principes reçus dans les pays de droit écrit où l'on s'appuyait sur la loi 1, *de pactis dotalibus* : « *Pacisci post nuptias, etiamsi nihil ante convenerit licetur* », pour autoriser les stipulations postérieures à la célébration du mariage. Cependant elle fut admise généralement dans ces provinces. Cela s'explique par ce fait qu'étant d'origine essentiellement coutumière, l'institution contractuelle dut conserver, en pénétrant dans les pays de droit écrit, toutes ses règles propres. On lit dans la section troisième du titre 14 des *Donations* de Despeisses : « Si ladite institution d'héritier est faite en faveur du mariage déjà fait, tant s'en faut qu'elle soit irrévocable que même elle est nulle. » On retrouve la même décision dans Maynard, Fernand, Cambolas... Enfin d'Olive

(1) *Tr. des succes.*, liv. III, chap. II, n° 11.

rapporte en ce même sens un arrêt du Parlement de Toulouse du 16 juillet 1596.

Mais, une autre question se pose; en admettant qu'elle doive précéder le mariage, l'institution contractuelle peut-elle se faire dans un acte distinct du contrat de mariage? Dumoulin se prononce pour la négative : « Nec suffieit quod fiat in favorem, sed quod in ipso contractu, ut sit pars pactorum dotalium » (1). Furgole est d'un avis contraire : « Afin que les institutions contractuelles soient valables, il faut qu'elles soient faites en faveur et contemplation d'un mariage à célébrer; c'est-à-dire, ou dans le contrat de mariage, ou bien dans un acte séparé qui se rapporte néanmoins au contrat de mariage et qui soit censé en faire partie » (2). De même Despeisses : « Si l'institution d'héritier est faite hors du contrat de mariage, si c'est en faveur du mariage futur, elle sera irrévocable » (3), et il cite un arrêt du parlement de Toulouse en date du 18 décembre 1596. Cette opinion, qui semble avoir prévalu, est consacrée formellement par la coutume du Bourbonnais qui déclare valables les institutions contractuelles bien que « soient icelles disputations faites, apposées ou ajoutées audit contrat de mariage avant ou pendant les fiançailles » (4).

C'est ici le lieu de faire une remarque curieuse sur la coutume de Normandie. Dans presque toutes les coutumes, les contrats de mariage étaient généralement rédigés devant notaires, parce que, suivant l'expression de Brodeau « entre toutes les conventions des hommes,

(1) Décision sur l'art. 26, chap. xiv, de la coutume d'Auvergne.

(2) *Observat. sur l'ordonn. de 1731*, art. 13.

(3) *Traité des contrats* : Donat., tit. XIV, sect. 3.

(4) *Cout. du Bourbon.*, art. 219.

il n'y en a point qui aient plus de poids, de solidité, de stabilité ni plus d'autorité et qui lient plus fortement la société civile ». En Normandie cependant, il était permis de rédiger les contrats de mariage sous signature privée. Il va sans dire que dans ce cas, même dans l'opinion de Dumoulin, on considérait l'institution contractuelle comme parfaitement bonne et valable pourvu qu'elle fût faite suivant les usages du pays.

Il faut apporter une exception importante à cette règle générale que l'institution contractuelle ne peut se faire que par contrat de mariage; « il y a néanmoins quelques coutumes, dit Lebrun, qui admettent une seconde espèce d'héritier contractuel et qui permettent à ceux qui s'associent de s'instituer héritiers par leur contrat de société. La coutume d'Auvergne en a une disposition précise... ». Cette disposition se trouve à l'article premier du chapitre xv : « Tous pactes et conventions, tant de succéder qu'autres quelconques, soit mutuelles ou non, mises et apposées en contrat d'association universelle faite et passée par personne capable à contracter, non malade de maladie dont on espère la mort, ou que la mort s'en ensuive de prochain, sont bonnes et valables et saisissent les contrahans ladite association ou leurs descendants ». Dans les sept articles suivans, la coutume exprime les règles principales de ces pactes successoires. Ils peuvent valoir seulement entre les contractants ou bien également pour leurs enfans, et leur effet peut cesser en cas de dissolution de la société. Ils sont révoqués par survenance d'enfans, sauf stipulation contraire, auquel cas les enfans sont réduits à leur légitime. Ces pactes laissent aux associés la libre disposition de leurs biens par actes entre-vifs, excepté

qu'ils leur interdisent toute nouvelle institution d'héritier. L'héritier institué par un de ces contrats d'association universelle est tenu de toutes les dettes et charges de la succession, comme un héritier ordinaire; mais il peut renoncer à la succession. Il peut aussi accepter sous bénéfice d'inventaire, sauf au cas où il existerait un lignager du défunt qui accepterait purement et simplement ou même sous bénéfice d'inventaire.

Dumoulin, dans une note sur l'article 216 de la coutume de la Marche admet que ces conventions sont licites : « *Iste articulus posset habere locum in societate ita expresse conventa* ». Il faudrait donc les regarder comme étant de droit commun. Cependant la question est douteuse, car l'institution contractuelle étant contraire, dans les pays de droit écrit, à l'interdiction des conventions sur succession future, et, dans les pays coutumiers, à la maxime *Institution d'héritier n'a lieu*, ne doit pas être facilement reçue hors des cas où la coutume, les auteurs ou la jurisprudence l'ont formellement consacrée; or, sauf en Auvergne, cela n'a guère lieu qu'en contrat de mariage. Le vieux praticien Masuer dit bien que l'institution « qui est incidente et conventionnelle vaut pour le tout en deux cas, à savoir en contrat de société de tous et chacuns les biens des contrahans et en contrat de mariage... » (1); mais il faut remarquer que cet auteur s'en référait aux usages suivis en Auvergne, étant lui-même de cette province. Merlin fait observer néanmoins dans son *Répertoire* qu'au cas où l'un des deux associés à titre universel succède à l'autre, on peut dire

(1) *Practica forensis* de Masuer, traduite par Fontanon (Lyon, 1609), tit. 28.

qu'il n'acquiert rien, puisqu'il était déjà copropriétaire par indivis de toute la fortune du défunt. L'institution ne serait alors qu'une dispense de partager, c'est-à-dire un non décroissement plutôt qu'un accroissement de fortune à titre héréditaire. Il ajoute qu'on ne saurait opposer l'article 3 de l'ordonnance de 1731, proscrivant toute donation à cause de mort, sauf celles faites en contrat de mariage et décidant qu'il n'y aurait plus à l'avenir dans tout le royaume que deux formes de dispositions à titre gratuit, la donation entre-vifs et le testament, car cet article n'a pas pour but d'empêcher un créancier de libérer gratuitement son débiteur, sans employer la forme du testament ou de la donation. Or, dit Merlin, « qu'est-ce qu'une institution contractuelle insérée dans un acte de société universelle, si ce n'est une remise gratuite des actions *pro socio et communi dividundo* ? » (1). Cette interprétation nous paraît un peu subtile, et si Furgole, comme le fait remarquer Merlin, reconnaît que le pacte successoire est permis par l'usage du royaume en contrat d'association universelle, il entend viser uniquement l'usage des pays d'Auvergne, de la Marche et du Bourbonnais où la coutume était conforme. Voici en effet ce qu'il dit textuellement : « Ces sortes de conventions (*les institutions contractuelles*) sont autorisées par l'usage du royaume, non seulement lorsqu'elles sont faites dans un contrat de mariage..., mais encore quand elles sont faites dans un contrat de société de tous biens en faveur du survivant des associés... Elles valent encore lorsqu'elles sont faites réciproquement entre deux frères hors du contrat de mariage... Mais je ne pense pas que,

(1) *Répertoire*, au mot *Instit. contract.*, § 3; p. 284.

hors des lieux où il y a coutume ou usage qui autorise les institutions contractuelles faites autrement qu'en faveur du mariage, on puisse les considérer comme valables et efficaces » (1).

Le deuxième cas cité par Furgole est extrait du travail publié sous le nom de *Répétitions* (2) par Benoît, conseiller au parlement de Toulouse, qui est le plus souvent appelé *Benedictus* ou *Benedicti* par les contemporains; il avait en effet donné à son nom une consonance latine, suivant le goût de l'époque. G. Coquille rapporte dans le même sens que, d'après Décius, « la convention entre deux frères vaut, que les biens du premier décédé appartiennent au survivant, non par voie de succession et hérédité, mais par contrat... ». Mais, dit-il, « je crois que hors contrat et faveur du mariage, telles convenances de succéder par le survivant ne valent, pour ce qu'elles induisent à pourchasser, tout au moins à souhaiter la mort l'un de l'autre » (3). En tout cas, il faut noter que ces usages devaient être tout à fait locaux et qu'ils n'ont pas même laissé de traces dans nos coutumes, et nous devons nous associer à la remarque faite plus haut par Furgole en ce qui touche leur autorité.

§ 2. — *L'institution contractuelle est-elle soumise à l'acceptation et à l'insinuation?*

I. Nos anciens auteurs sont unanimes à déclarer que l'institution contractuelle était dispensée de la formalité

(1) *Observat. sur l'ordon. de 1731*, art. 13.

(2) Chapitre *Raynutius*, aux mots *duas habens filias*.

(3) *Comment. sur la cout. de Nivern.*, tit. des don., art. 12.

de l'acceptation expresse exigée à peine de nullité pour toutes les donations entre-vifs. On peut voir à ce sujet Cl. de Ferrières dans son *Commentaire sur la coutume de Paris* (1) et Lebrun dans son *Traité des successions* (2). On considérerait la conclusion du mariage comme une acceptation tacite suffisante. La grande faveur due au mariage avait fait admettre cette dérogation à la règle générale ; on ne voulait pas que les époux ou les enfants à naître du mariage fussent dépouillés, par suite d'une simple négligence et d'un défaut de forme, d'une libéralité qui, peut-être, avait été la cause efficiente du mariage et pouvait être nécessaire à la subsistance de la famille. D'ailleurs, comme l'atteste Ricard, cette dispense d'acceptation formelle s'étendait à toutes les donations faites par contrat de mariage : « Encore que l'acceptation formelle soit aussi absolument désirée que nous venons de dire pour contribuer à l'accomplissement d'une donation, néanmoins, les arrêts de la Cour qui peuvent faire loi en de semblables rencontres en ont dispensé les donations faites par contrat de mariage à l'égard desquelles nous admettons l'acceptation par équipollence, comme étant réellement accomplie par le mariage subséquent, par la consommation duquel les conjoints vérifient et acceptent par effet les conventions contenues en leur contrat » (3). Il cite à l'appui de son dire deux arrêts du parlement de Paris, l'un en date du 14 juillet 1587 et l'autre du 31 mars 1607, et un arrêt du parlement de Toulouse rendu le 12 janvier 1624. On

(1) *Comment. sur la Cout. de Par.*, tit. 13, chap. prélim., n^{os} 17 et s.

(2) *Tr. des succés.*, liv. III, chap. II, n^o 16.

(3) *Tr. des donat.*, I^{re} part., chap. IV, sect. 1, n^o 875.

peut en conclure que la jurisprudence des pays de droit coutumier s'accordait sur ce point avec celle des parlements de droit écrit.

D'ailleurs, à partir de 1731, cette solution n'est plus discutable, car elle est consacrée législativement par l'ordonnance rendue par Louis XV sur la matière des donations. L'article 13 porte : « Les institutions contractuelles et les dispositions à cause de mort qui seraient faites dans un contrat de mariage, même par des collatéraux ou par des étrangers, ne pourront être attaquées par défaut d'acceptation ».

II. En ce qui concerne la formalité de l'insinuation, la question est beaucoup moins claire, et les auteurs sont divisés en deux camps à peu près égaux. Ricard soutient que l'institution contractuelle doit y être soumise comme toute autre donation ; tel est, dit-il, l'usage, « et j'estime qu'il est à propos de s'y tenir, parce que, bien que l'effet de l'institution d'héritier dépende principalement de la mort du donateur, elle ne laisse pas de participer de la donation entre-vifs en ce qu'elle est présente et irrévocable dans son universalité ; de sorte que le donateur ne peut plus faire un autre héritier au préjudice du donataire pour la portion en laquelle il l'a institué ; d'où il s'ensuit que l'institution étant faite dans un contrat d'entre-vifs et ayant une de ces qualités, il faut, pour la faire valoir, qu'elle soit accompagnée d'insinuation pour satisfaire l'ordonnance » (1). Bourjon se prononce dans le même sens, invoquant d'abord le caractère de donations entre-vifs qu'il attribue aux institutions contractuelles, puis l'intérêt des tiers. En l'ab-

(1) *Tr. des donat.*, 1^{re} part., chap. iv, sect. 3, nos 1147 et suiv.

sence d'insinuation, l'héritier *ab intestat* pourrait en effet, ignorant l'institution, accepter la succession et répondre aux attaques des créanciers, ou bien, instruit de l'institution, mais la dissimulant aux tiers, contracter avec ceux-ci sur les biens du disposant. Auzanet, Bougnier, Fernand, Aufrerius, Lemaître tenaient également pour cette solution.

Au contraire, E. de Laurière, Lebrun, G. Coquille, Cl. de Ferrières prétendaient que l'institution contractuelle devait être dispensée d'insinuation, parce que, d'après eux, c'était en réalité une disposition à cause de mort. D'ailleurs, ajoutent-ils, il n'y a pas ici à sauvegarder les mêmes intérêts que dans les autres donations, puisque l'institution ne produit son effet qu'à la mort du disposant ; les aliénations consenties aux tiers par l'instituant sont valables ; quant à l'héritier, s'il paye les dettes de la succession, il aura toujours son recours contre l'institué, pour le tout, si l'institution est universelle, en proportion de ce que l'institué recueille, dans le cas contraire. L'ordonnance de 1731 n'a rien décidé à ce sujet ; cependant Furgole prétend aussi que les institutions contractuelles ne sont pas soumises à la formalité de l'insinuation, parce que cette ordonnance n'y soumet que les donations entre-vifs ; or, dit-il « l'institution contractuelle est une disposition différente de la donation entre-vifs... L'irrévocabilité de l'institution contractuelle ne doit pas être un motif suffisant pour l'assujettir à la formalité de l'insinuation, soit parce qu'il n'y a aucune loi qui exige cette formalité, soit parce que l'insinuation est bien requise aux donations entre-vifs, mais non aux autres actes quoiqu'ils soient irrévocables, soit enfin parce que personne n'a intérêt

à cette formalité » (1). Le parlement d'Aix, après avoir rendu un arrêt en faveur de cette solution au mois de novembre 1644, s'est rallié à la première opinion le 1^{er} mars 1698, puis est revenu à son ancienne jurisprudence le 29 juin 1699. Le parlement de Paris s'est également prononcé dans ce sens le 7 septembre 1657.

SECTION II

PERSONNES POUVANT FIGURER DANS UNE INSTITUTION CONTRACTUELLE.

§ 1^{er}. — *Qui peut faire une institution contractuelle?*

En principe, pour être capable de faire une institution contractuelle, il faut et il suffit d'avoir la libre disposition de ses biens ; aussi celui qui a perdu la vie civile ne peut plus instituer contractuellement. Mais faut-il être capable de disposer entre-vifs, ou suffit-il de pouvoir faire un testament ? La question n'est pas sans intérêt, car les coutumes, à l'exemple du droit romain, permettaient de tester à un âge inférieur à celui exigé pour la validité des conventions passées entre-vifs. La question se réduit donc à savoir si l'institution contractuelle doit être regardée comme donation entre-vifs ou à cause de mort. Nous avons déjà longuement exposé les doctrines de nos anciens auteurs sur ce sujet et conclu avec Furgole qu'elle tenait de l'une et de l'autre et qu'on devait, en conséquence, examiner dans chaque cas particulier quelles règles étaient applicables. Partant de ce prin-

(1) *Observ. sur l'ordon. de 1731*, art. 20.

cipe, on s'aperçoit bien vite que, si la loi permet de tester à un âge moins avancé que celui qu'elle exige pour les dispositions entre-vifs, c'est que par testament le mineur ne se dépouille pas irrévocablement, tandis que par contrat il amoindrit son patrimoine *hic et nunc* et d'une façon irrévocable, d'où nous serions tentés de conclure que le mineur peut faire un pacte successoire dès qu'il est capable de disposer par testament. L'instituant, en effet, n'est pas réellement plus pauvre après l'institution qu'avant ; il conserve l'administration de de ses biens et, dans la plupart des coutumes, le droit d'en disposer librement à titre particulier. Cependant on admettait généralement, et avec raison, qu'il fallait exiger du mineur la capacité de disposer entre-vifs. En effet, si le mineur ne se dépouille pas de son vivant, il se prive néanmoins de la faculté très importante d'élire un héritier, et c'est en réalité une aliénation fort grave qui peut constituer pour lui dans l'avenir une gêne considérable et même une source de grands préjudices.

Peu importe d'ailleurs, pour faire une institution contractuelle, que l'on soit étranger aux futurs époux ou qu'on leur soit uni par les liens de la parenté. Les futurs époux, comme leurs parents ou les étrangers, peuvent faire une institution d'héritier dans leur contrat de mariage ; non seulement ils peuvent s'instituer réciproquement en cas de survie, mais cette disposition est valable alors même qu'elle n'est faite qu'au profit d'un seul des conjoints. Dumoulin a contesté cette doctrine ; mais elle fut généralement admise par l'usage. Coquille à ce propos fait une distinction curieuse (1) : « Com-

(1) *Comment. sur la cout. de Nivernais, tit. des donat., art. 12.*

munément on estime que toutes donations en contrat de mariage, même des mariés l'un envers l'autre, soient valables ; mais je crois qu'il ne se doit pas dire indistinctement. La loi romaine veut que telles donations soient jugées bonnes ou non par les circonstances. Comme si une vieille hors d'âge de faire enfants épousait un jeune homme, à part moi je ne puis croire que ce soit vrai mariage, car les biens de mariage n'y sont pas ; au moins il est malaisé qu'ils y soient. L'espoir de lignée n'y est pas ; l'amitié bien à peine y est-elle de la part du jeune homme, et sera aventure s'il s'abstiendra d'aller chercher ses plaisirs ailleurs, car il sera facilement et bientôt las de la vieille. Les lois romaines Papie et Julie défendaient le mariage de la femme âgée de cinquante ans à homme moins jeune de soixante, et, bien que l'on réputât cette conjonction d'une vieille à un jeune homme être mariage, si est ce que la cause de donner par elle vieille au jeune homme n'est pas honnête, car c'est acheter par elle à prix d'argent son fol plaisir qui de tant plus est mal séant, car les appétits d'elle ne peuvent être que dérégles et contre le mouvement naturel, et, quant au jeune homme, c'est vendre la vigueur de sa jeunesse et comme jeter contre le mur ce qui doit servir à génération. Pourquoi j'estime telles donations être nulles comme deshonnêtes.... »

Un point très discuté était de savoir si les étrangers non naturalisés pouvaient faire des pactes successoires. Bacquet soutient l'affirmative, se fondant sur ce que les donations entre-vifs leur étaient accessibles et que, pour lui, l'institution contractuelle a ce caractère. Eusèbe de Laurière prétend le contraire parce que, d'après lui, cette institution, quoiqu'irrévocable, doit être assimilée

à une donation à cause de mort. D'après le système éclectique auquel nous avons donné la préférence, on se range également à cet avis, car, l'irrévocabilité étant hors de cause, l'institution contractuelle, sous le rapport qui nous occupe, doit suivre les règles des dispositions à cause de mort.

On agitait aussi la question suivante : un serf, un mainmortable peut-il faire un pacte successoire au détriment de son seigneur ? La plupart des auteurs admettaient la négative ; on peut voir en ce sens Coquille, E. de Laurière, le président Bouhier... La raison invoquée était qu'un tel pacte équivalait à un testament fait en fraude des droits du seigneur. La coutume d'Auvergne a un article formel en ce sens : « Mais ne peut tel conditionné par testament, contrat de mariage, association, ni autre quelconque, faire héritier ou convention de succéder au préjudice dudit seigneur direct ayant ledit droit de condition » (1). Cependant, il était valable s'il était fait en faveur de parents qui auraient recueilli la succession *ab intestat*.

On se demandait également si un bâtard pouvait instituer contractuellement, et l'on répondait qu'il le pouvait dans les coutumes qui lui permettaient de tester, mais non dans les autres.

Enfin, une dernière question se posait, à propos des fils de famille, dans les pays de droit écrit qui n'admettaient pas l'émancipation par le mariage. Pouvaient-ils instituer les enfants à naître de leur mariage ? Le droit romain déclarait les fils de famille inhabiles à tester, la négative semblait donc s'imposer ; mais on enseignait

(1) *Cout. d'Auverg.*, tit. 27, art. 5.

plutôt la solution contraire, se fondant sur ce que les institutions contractuelles, étant une matière tout à fait étrangère au droit romain, devaient être uniquement régies par les principes du droit coutumier.

Nous avons dit déjà que certaines coutumes semblaient réserver aux seuls nobles la faculté de faire des institutions contractuelles ; telles étaient, entre autres, les coutumes du Maine et de l'Anjou. C'est là une preuve que dans notre ancien droit coutumier les pactes successoires avaient été conservés au profit de la noblesse. Dans le même sens on peut voir dans Autonne (1) un arrêt du parlement de Bordeaux qui jugeait encore ainsi en 1592. Mais cette restriction tomba peu à peu en désuétude, et, dès le xvi^e siècle, on décidait généralement que les roturiers étaient aussi capables que les nobles de faire une institution contractuelle et d'en profiter. Cet état de choses fut consacré par l'ordonnance de 1747 : « Voulons que lesdites institutions... soient irrévocables, soit entre nobles ou roturiers, dans tous les pays où elles sont en usage » (2).

§ 2. — *Qui peut être institué contractuellement ?*

On ne peut, en général, instituer contractuellement qu'une personne capable de recevoir une disposition universelle. C'est une condition nécessaire ; d'où nous concluons que les aubains et les individus frappés de mort civile ne peuvent être institués, non plus que les bâtards, car ils ne peuvent recevoir de leurs père et mère

(1) Sur la loi 15, au code, *de pactis*.

(2) *Ordon.* de 1747, tit. I, art. 12.

à titre universel. Cependant l'article 219 de la coutume du Bourbonnais apporte une dérogation à ce principe en permettant d'instituer contractuellement les bâtards : « Toutes donations, conventions, avantages, institutions d'héritier et autres choses faites en contrat de mariage... sont bonnes et valables... posé que lesdites donations et avantages soient faites à... bastards ou autres quelconques. » On admettait la même solution dans la coutume de Bourgogne et Denizart rapporte à l'appui un arrêt du parlement de Dijon du 23 février 1717 (1). Si cette capacité de recevoir à titre universel est nécessaire pour bénéficier d'une institution contractuelle, en principe elle est également suffisante. Cependant on doit noter que l'institution ne peut logiquement s'adresser qu'aux futurs époux ou aux enfants à naître du mariage ; « aux futurs époux, dit M. Anouilh, puisque le but que se propose l'instituant est de faciliter leur union par une libéralité qui leur assure la perspective de quelques biens, aux enfants à naître, car l'institution est faite non seulement en vue du mariage, mais encore en vue de la famille qui doit en provenir » (2).

L'instituant est d'ailleurs libre de borner sa libéralité au mari ou à la femme, ou d'en faire profiter l'un et l'autre. Il peut de même la rendre commune à tous les enfants à naître ou la restreindre à l'un ou plusieurs d'entre eux. Bien plus il peut n'instituer que les époux ; mais il ne lui est pas permis d'exclure ceux-ci en instituant directement les enfants.

(1) On peut voir aussi dans le même sens l'art. 47 du chap. xiv de la *Cout. d'Auvergne*.

(2) *De l'Inst. contract. dans l'anc. dr. franç...* II^e part., sect. 5.

Cette institution des enfants est une exception à la règle qui défend d'instituer les personnes qui ne sont pas *in rerum natura*. « L'on peut donner, dit Coquille, à ceux qui ne sont encore nés ni conçus au ventre de la mère, car l'espérance de leur naissance est naturelle et consonnante à honnête souhait, qui fait qu'elle est considérable et chet en commerce en toute disposition » (1). Les coutumes du Nivernais, du Bourbonnais et de l'Auvergne sont formelles sur ce point (2).

Une question des plus controversées était de savoir si l'on pouvait, ayant des enfants d'un premier lit, instituer contractuellement les enfants à naître d'un second mariage. La raison de douter venait de ce que l'édit rendu en 1560 par François II sur les secondes noccs et étendu par la jurisprudence aux maris veufs avait décidé : « que femmes veuves ayant enfants ou enfants de leurs enfants, si elles passent à de nouvelles noccs, ne peuvent, en quelque façon que ce soit, donner... à leurs nouveaux maris, pères et mères et enfants desdits maris ou autres personnes qu'on puisse présumer être par dol ou fraude interposées plus qu'à l'un de leurs enfants ou enfants de leurs enfants... » Dumoulin et Ricard tenaient pour la nullité de l'institution, considérant, dit ce dernier, « que si la mère s'était conduite avec liberté, qu'elle eût eu à faire quelque donation de son propre mouvement, elle eût bien plutôt exercé sa libéralité envers ses enfants du premier lit qui étaient au monde qu'envers des enfants à naître qui ne pouvaient subsis-

(1) *Comment. sur la cout. de Nivernais*, tit. des donat., art. 12.

(2) *Cout. de Niv.*, art. 12 au tit. des donat. ; *Cout. de Bourbon.*, art. 219 ; *Cout. d'Auverg.*, chap. xiv, art. 26.

ter que dans l'imagination et qui n'étaient pas encore dignes d'amitié ni de haine... » (1). On invoque en ce sens de nombreux arrêts du parlement de Paris : 27 décembre 1588, 3 août 1647, 27 mars 1637, 7 septembre 1673.

Rousseaud de Lacombe et Lebrun regardaient au contraire l'institution des enfants du second lit comme valable; ils faisaient observer à l'appui de cette solution que l'édit des secondes noces ne comprend pas les enfants communs au nombre des personnes interposées et rapportaient en leur faveur deux arrêts du parlement de Paris, un du 7 septembre 1575 et un autre du 19 juillet 1659. Leur opinion semble avoir prévalu dans le dernier état du droit avec cette restriction que la nullité était prononcée au cas où la fraude était nettement prouvée par les circonstances de fait. Ainsi en ont décidé des arrêts rendus par le parlement de Paris le 29 avril 1719, le 18 mai 1736 et le 11 août 1740.

Au principe que l'institution contractuelle ne peut être faite qu'au profit des futurs époux ou de leurs enfants à naître, on trouve cependant plusieurs exceptions. « On a inventé, dit Lebrun, un moyen de faire l'équipollent d'une institution contractuelle au profit d'autres personnes que les mariés en instituant la personne mariée, à charge d'associer ses frères et sœurs pour une certaine quotité de l'institution, ce qui vaut au profit des frères et sœurs comme une condition de l'institution, mais, à mon avis, pourrait être révoqué comme n'étant pas une véritable institution contractuelle » (2). Merlin

(1) *Traité des donat.*, III^e part., chap. ix, nos 1242 et suiv.

(2) *Tr. des succ.*, liv. III, chap. 2, n° 13.

fait observer que cette clause d'association, qui pouvait être faite également en faveur d'un tiers, ne valait pas comme condition, mais comme substitution fidéicommissaire. En effet, si ce n'eût été qu'une condition, elle eût vicié l'institution contractuelle jusqu'à concurrence de la part de l'associé, au regard de ceux qui considèrent cette institution comme une donation entre-vifs, et elle eût été réputée comme non écrite, pour ceux qui regardent l'institution comme une donation à cause de mort.

La révocabilité dont parle Lebrun se justifie suffisamment à son époque par cette considération que l'instituant était alors maître de révoquer quand il voulait les substitutions dont il avait grevé l'institution contractuelle. Mais l'ordonnance de 1747 apporta une modification profonde à ce principe en décidant que toute substitution apposée à une institution contractuelle serait désormais irrévocable, même au cas où l'institué consentirait expressément à la révocation.

A côté de ces clauses d'association se ramenant à des substitutions fidéicommissaires, on trouve aussi des substitutions proprement dites, par lesquelles on substitue un étranger au futur époux institué. Cette substitution dite contractuelle est alors considérée comme une charge indivisible de l'institution. Les ordonnances d'Orléans et de Moulins (1) autorisent ces substitutions sans distinguer si elles sont faites en faveur de descendants, de collatéraux ou d'étrangers par rapport à l'institué. Furgole affirme à nouveau la validité de ces substitutions contractuelles en son commentaire sur l'article 43 de l'ordonnance de 1731 : « ... Il suffit que l'institution

(1) *Ordonn. d'Orléans*, art. 59; *ordonn. de Moulins*, art. 37.

vaille afin que les substitutions soient bonnes, quand même les personnes appelées ne seraient pas de la qualité requise pour faire subsister l'institution contractuelle; car les substitutions n'étant qu'un accessoire de l'institution, pourvu que le principal soit bon, tous les accessoires sont valables; je crois même que, quand la substitution contractuelle serait faite en faveur de toute personne quoiqu'étrangère à l'institution contractuelle, elle serait également bonne, parce que la substitution vaut par la volonté du substituant et que les anciennes ordonnances, de même que les articles 11 et 12 de celle-ci ne distinguent point si les substitués sont descendants ou étrangers par rapport au donataire ou à l'institué; on ne doit donc pas examiner, sinon si les formalités nécessaires pour la validité de la première donation ou de l'institution ont été observées afin de confirmer les substitutions qui en dépendent ».

Mais, conformément à ce que nous avons fait remarquer tout à l'heure, Furgole ajoute : « Il est vrai que ces substitutions contractuelles faites au profit d'autres que des conjoints ou de leurs descendants du même mariage n'ont pas le caractère d'irrévocabilité et que le substituant peut les détruire comme il le veut ». Nous savons que l'ordonnance de 1747 a apporté sur ce point une modification radicale.

Remarquons en terminant que l'usage des substitutions contractuelles était fort répandu dans notre ancien droit qui y trouvait un puissant moyen de rehausser l'éclat des familles nobles en concentrant dans les mêmes mains d'immenses possessions territoriales.

Une troisième exception à la règle qu'il n'y a que les futurs époux et les enfants à naître à pouvoir profiter de

l'institution contractuelle se rencontre dans la coutume de Normandie sous forme d'une anomalie bizarre. L'article 244 de cette coutume autorise certaines promesses de garder la succession analogues à l'institution contractuelle. Or, d'après la jurisprudence admise, ces promesses faites à un seul héritier s'étendaient *ipso jure* à tous les autres. « On a, dit Basnage, étendu cette promesse faite à l'un des enfants à tous les autres, quoiqu'ils n'y fussent pas compris, car, puisqu'il n'est pas en la liberté d'un père de rendre la condition d'un enfant plus avantageuse que celle des autres et qu'il faut néanmoins qu'en vertu de cette promesse la part promise demeure entière, un père ne peut douter que, s'engageant pour un, il s'engage nécessairement pour tous les autres » (1).

Il nous reste à nous demander ce que vaut un pacte successoire fait au profit de personnes autres que celles qui peuvent être instituées régulièrement. G. Coquille est d'avis qu'il doit valoir comme donation à cause de mort; mais E. de Laurière repousse cette opinion parce que, dit-il, « les donations à cause de mort, dans les coutumes où elles sont autorisées, sont des conventions, et il n'est pas possible qu'une institution d'héritier où il n'y a que le testateur seul qui parle puisse être regardée comme une convention. »

On ne peut non plus donner à ce pacte la force d'un legs, car le droit coutumier n'admet pas la validité des dispositions testamentaires mélangées à des actes étrangers. Il faut donc conclure que l'institution contractuelle demeurerait dans ce cas dépourvue de toute efficacité, à moins que l'on estime, contrairement à l'opinion d'E. de

(1) *Commentaire sur la cout. de Normandie* (Rouen, 1778), art. 244.

Laurière que ces institutions peuvent être regardées comme de véritables conventions, ce qui d'ailleurs nous semble l'opinion la plus juridique.

SECTION III

SUR QUELS BIENS PEUT PORTER L'INSTITUTION CONTRACTUELLE ?

Chacun sait que notre ancien droit avait apporté de graves limitations à la liberté de disposer. Les pays de droit écrit, suivant le droit des Nouvelles, réservaient aux enfants le tiers des biens s'ils étaient quatre ou un moindre nombre, la moitié s'ils étaient davantage et, à défaut d'enfants, le tiers pour les ascendants. Les coutumes suivaient des errements très divers ; la coutume de Berry réservait la moitié des biens aux enfants pour leur légitime, celle de Bourgogne leur réservait les deux tiers, d'autres seulement le quart ou le tiers. Aucune de ces coutumes, pas plus que les pays de droit écrit ne distinguait entre les propres et les acquêts, les dispositions entre-vifs et testamentaires. Le plus grand nombre, au contraire, en plus d'une légitime qui se prenait également sur les propres et les acquêts, dans les dispositions entre-vifs ou à cause de mort, et se montait ordinairement à la moitié des biens que l'enfant aurait eus si le disposant n'avait rien donné ni légué, connaissaient une réserve coutumière, variant de la moitié aux quatre cinquièmes, qui n'avait lieu que dans les dispositions testamentaires et se calculait uniquement sur les propres. On se demandait si l'institution contractuelle

était soumise au retranchement de la légitime et de la réserve coutumière, appelée encore réserve des quatre quintes à cause de sa quotité habituelle.

Pour ce qui est de la légitime, la solution ne semble pas douteuse. L'institué, au cas où les biens libres laissés par le défunt sont insuffisants, doit parfaire la légitime sur ceux compris dans l'institution. Les coutumes qui traitent de l'institution contractuelle en disposent formellement ainsi : « Toutes donations,... institutions d'héritiers... sont bonnes et valables, lisons-nous dans l'article 219 de la coutume du Bourbonnais, réservé toutefois aux dits enfants leur droit de légitime... » La coutume de Nivernais dit aussi (1) : « Donations universelles ou particulières faites en contrat de mariage... posé qu'il y ait convenance de succéder, sont bonnes et valables... sauve la légitime aux autres enfants auxquels elle appartiendra ». De même encore l'article 296 de la coutume de la Marche : « Entre personnes de franche condition, tous pactes,... convenances de succéder, institutions d'héritier... valent et tiennent... sauf toutefois la légitime aux enfants... ». Enfin l'article 16 du titre 14 des donations de la coutume d'Auvergne est également explicite.

Brodeau rapporte à l'appui de cette opinion un arrêt du parlement de Paris rendu le 2 septembre 1628 et Denizart en cite un autre du 3 juillet 1756.

Quant aux réserves coutumières la question est bien plus complexe. Dans les coutumes qui soumettent aux mêmes réserves les dispositions entre-vifs et celles qui ont lieu à cause de mort, on doit se prononcer sans hé-

(1) *Cout. de Nivern.*, chap. xxvii, art. 12.

situation pour l'affirmative. Telles sont les coutumes du Poitou, de l'Anjou, du Maine, de la Touraine, du Loudunois, de la Normandie... Mais pour ce qui est des coutumes qui restreignent davantage la liberté de disposer à cause de mort que celle de donner entre-vifs, nos anciens auteurs sont divisés. Quelques-uns, tels que Dupineau dans son *Commentaire de la coutume d'Anjou* et Bacquet dans son *Traité des droits de justice*, prétendent que les institutions contractuelles ne peuvent avoir plus d'étendue que les dispositions testamentaires. La plupart au contraire, Lebrun, G. Coquille, E. de Laurière, Cl. de Ferrières, Ricard, de Renusson, Legrand, soutiennent qu'elles peuvent comprendre tous les biens dont il est permis de disposer par donation entre-vifs.

Un procès célèbre rapporté par Danty dans son *Journal du Palais*, fut jugé sur cette matière le 30 août 1700, à propos de la succession du duc de Chaulnes. Après une plaidoirie de *vingt et une* audiences, la quatrième Chambre des enquêtes se prononça dans le sens de la majorité des auteurs précités, réformant un arrêt des Requêtes du Palais. A l'appui de la première opinion on invoque beaucoup de raisons dont la principale et la seule vraiment sérieuse est le caractère de donation à cause de mort, attribué à l'institution contractuelle. Voici ce que dit Bacquet (1) : « Quant aucun est institué héritier par contrat de mariage ou par autre contrat, ou par testament, telle institution d'héritier ne vaut directement, mais obliquement. En sorte l'héritier institué, non comme héritier, mais comme donataire à cause de mort ou bien comme légataire, aura les biens

(1) *Traité des droits de justice* (Par., 1616), chap. xxi, n° 325.

desquels le donateur ou testateur pouvait par la coutume disposer par donation faite pour cause de mort ou par testament, qui sont les meubles, acquêts et conquêts immeubles et quint des héritages propres ; les autres quatre quints demeurant aux vrais et naturels héritiers du donateur ou testateur ».

A cette argumentation, une partie des auteurs précités répondent en affirmant avec Lebrun le caractère de donations entre vifs des institutions contractuelles. « Nos coutumes et nos mœurs, dit Renusson dans son *Traité des propres*, ayant autorisé les institutions d'héritier faites par contrat de mariage, elles doivent être considérées purement et simplement comme dispositions entre-vifs et en doivent avoir l'effet tout entier à cause de la solennité du contrat, et elles ne doivent pas être sujettes à retranchement et à réduction, comme les legs et les dispositions testamentaires » (1). Les autres qui, comme E. de Laurière, assimilent l'institution contractuelle à une donation à cause de mort ne peuvent utiliser cet argument. Ils se bornent à dire que « les décisions des coutumes de Bourbonnais, d'Auvergne et de la Marche touchant les institutions contractuelles ont paru si justes et si utiles aux familles qu'on a voulu qu'elles fissent loi dans tous nos pays coutumiers qui ne rejettent pas ces institutions et que ces décisions dérogeassent même à nos coutumes » (2). C'est ainsi que les institutions contractuelles sont admises dans la coutume de Paris malgré la maxime *Institution d'hériter n'a lieu* ; c'est ainsi qu'on a dérogé à la règle

(1) *Tr. des propr.* chap. III, sect. II, n° 36.

(2) *Tr. des instit. contract.*, t. I, chap. IV, n°s 27 et suiv.

Donner et retenir ne vaut... etc., Or, dit E. de Laurière, les coutumes de l'Auvergne, du Bourbonnais et de la Marche, qui restreignent en d'étroites limites la faculté de tester, permettent de disposer par institution contractuelle de tous les biens, propres ou acquêts, à charge seulement de laisser aux enfants leur légitime ; elles n'admettent donc pas en ce cas les réserves coutumières.

Cependant, cette argumentation n'est que spécieuse. De ce que certaines dispositions des coutumes précitées aient été admises généralement en France, il ne s'ensuit pas que toutes aient eu le même sort. On adopta probablement celles qui, sans être reproduites formellement par la coutume, étaient néanmoins conformes à l'usage du lieu. La preuve en est, dit Merlin, dans le fait que d'autres décisions des mêmes coutumes n'ont jamais franchi les bornes de leur territoire, bien qu'elles eussent également rapport aux institutions d'héritier par contrat de mariage ; telle est par exemple celle qui permet à l'héritier du sang d'exclure, même en acceptant sous bénéfice d'inventaire, l'héritier contractuel qui accepte la succession à ce même titre (1).

Les partisans du caractère mixte de l'institution contractuelle répètent ici encore qu'il faut tantôt se décider par les règles des dispositions entre-vifs, tantôt par celles des dispositions à cause de mort, suivant la nature de la question à résoudre. Or, disent-ils, si certaines coutumes se montrent plus restrictives de la liberté de tester

(1) C'est ce que décide l'article 249 de la *Coutume de la Marche*, l'article 35 du chap. xiv de la *Coutume d'Auvergne*, l'article 29 du titre XXXIV de celle du *Nivernais* et l'article 330 de celle du *Bourbonnais*.

que de celle de donner entre-vifs, c'est que l'homme se laissera bien plus vite entraîner à faire une libéralité qui ne doit produire ses effets qu'après sa mort, et qu'il peut d'ailleurs toujours révoquer, qu'à se dépouiller actuellement et irrévocablement de tout ou partie de ses biens. C'est pourquoi la loi a renfermé dans des bornes plus étroites les dispositions contre lesquelles l'homme aurait moins su se défendre ; suivant en cela, dit Merlin, l'exemple de la loi *Julia* qui permettait au mari de vendre le fonds dotal avec le consentement de la femme, et ne lui permettait pas de l'hypothéquer, même dans ces conditions. Mais alors il est naturel de conclure que l'institution contractuelle doit être assimilée à une donation entre-vifs sur le point spécial qui nous occupe, puisque l'instituant s'interdit désormais toute disposition à titre universel ; donc elle n'est pas soumise à la réserve des quatre quints.

On peut voir à ce sujet dans le tome II du *Journal du Palais*, de Danty, en date du 25 janvier 1677, une consultation de onze avocats célèbres, dont Ricard et Duplessis.

SECTION IV

EFFETS DE L'INSTITUTION CONTRACTUELLE

§ I^{er}. — *Effets par rapport à l'instituant.*

L'institution contractuelle peut être universelle ou particulière et nous venons de voir à l'instant qu'elle pouvait s'étendre aux propres comme aux acquêts, à la

seule condition de respecter la légitime. Universelle ou particulière, elle est, son nom le dit, un contrat : par conséquent, l'irrévocabilité est de son essence même : les principes le veulent, ainsi que l'équité. Formés par l'accord de deux volontés, les contrats ne peuvent se dissoudre que de la même manière. D'ailleurs, révocable, l'institution contractuelle eût été une duperie : après avoir contracté mariage sur le fondement d'un pacte qui assurait à la nouvelle famille une situation honorable et en rapport avec l'éclat du nom, les époux auraient pu se trouver dépouillés du jour au lendemain par le changement de volonté de l'instituant. Bientôt le but poursuivi par l'admission des pactes successores, c'est-à-dire favoriser les alliances des familles nobles et perpétuer la splendeur de l'aristocratie, n'aurait plus été atteint, nul ne voulant s'aventurer à contracter mariage sur un espoir de succéder aussi fragile. Aussi le caractère irrévocable des institutions contractuelles ne fut-il jamais contesté et l'ordonnance de 1747 sur les substitutions décide formellement : « Voulons que lesdites institutions contractuelles, comme aussi les substitutions qui y seront apposées, soient irrévocables, soit entre nobles ou entre roturiers, dans tous les pays où elles sont en usage. »

Mais où la difficulté commençait, c'était sur le point de savoir quelle était l'étendue de cette irrévocabilité. Nous examinerons d'abord les dispositions universelles, puis les dispositions à titre particulier que l'instituant pouvait faire après le mariage des institués.

I. Un principe sur lequel tout le monde s'accordait, c'était que le disposant ne pouvait directement révoquer l'institution, ni par acte entre-vifs, ni par acte testamen-

taire. Personne non plus ne l'autorisait à procéder par voie de révocation indirecte en instituant un nouvel héritier soit contractuel, soit testamentaire. La coutume de Bourbonnais en a une disposition formelle : « Celui qui a institué aucun son héritier en contrat de mariage et faveur des mariés ou descendants dudit mariage ne peut faire autre héritier par testament ou contrat subséquent, quel qu'il soit, au préjudice de l'héritier ou héritiers institués par ledit contrat de mariage » (1). Mais déjà les auteurs se divisent sur le point de savoir s'il était permis à l'instituant de grever l'institué, postérieurement au mariage, d'une substitution fidéicommissaire en faveur des enfants dudit institué et même de ses parents collatéraux. Aufrerius, Boyer, Fernand et, après eux, E. de Laurière tiennent pour l'affirmative.

Voici le raisonnement d'E. de Laurière : « Il est de la dernière certitude que celui qui a disposé de ses biens par donation entre-vifs, n'y ayant plus rien, ne peut plus imposer dessus aucune charge, ni grever celui à qui il les a donnés, et, par conséquent, dans les pays de droit écrit, où l'on veut, contre toutes les règles, qu'une institution d'héritier soit une donation entre-vifs, on a en quelque sorte raison de dire que celui qui fait une institution contractuelle... ne peut plus, après le mariage, grever de substitution fidéicommissaire ou précataire celui au profit de qui il a disposé. Il n'en est pas de même dans nos coutumes, car... celui qui fait une institution contractuelle ne se lie pas les mains et ne s'ôte pas la

(1) *Cout. de Bourbon.*, art. 222. De même, *Cout. d'Auverg.*, chap. xiv, art. 31 et chap. xv, art. 6; on peut voir aussi l'art. 12 du tit. des donat. dans la *Cout. de Nivernais*.

disposition de ses biens, et, comme il peut faire des legs et des dons modiques et disposer de tous ses meubles et de ses immeubles par des ventes, ou les engager et les hypothéquer jusques à anéantir l'institution qu'il a faite, il y aurait, ce semble, de l'absurdité de dire qu'il ne pourrait pas grever de fidéicommiss celui qu'il a institué en lui laissant des biens qu'il pouvait lui ôter... » (1). Il fait remarquer encore que l'instituant est présumé avoir voulu avantager non seulement l'institué, mais encore les enfants à naître du mariage, si bien qu'on les répute tacitement substitués (2). Or, s'il suffit d'une simple présomption pour asseoir cette substitution tacite, pourquoi ne pas admettre que l'instituant pourrait grever l'institué d'un fidéicommiss exprès au bénéfice de ces mêmes enfants, quand il craint de le voir dissiper les biens donnés?

Ces raisons n'ont pu cependant rallier la majorité des auteurs. Brodeau se prononce en sens contraire dans son recueil des arrêts notables de Louët (3) et cite un arrêt du 12 février 1635 qui déclare qu'un père de famille ne peut, en faveur de ses petits-enfants, apposer après coup une substitution à l'institution contractuelle de son fils aîné. Lebrun, Ricard, Rousseaud de la Combe sont de même avis. Denizart, en sa collection de jurisprudence, rapporte un arrêt du 5 décembre 1759 qui a jugé la même chose. Mais le plus célèbre des arrêts rendu sur la matière est celui du 3 août 1735. Après avoir fait un

(1) *Traité des inst. contract.*, t. II, chap. VII, n° 135 et suiv.

(2) Bien entendu, il s'agit ici d'une substitution vulgaire dont l'effet est d'appeler les enfants à bénéficier de l'institution au cas où leur père prédécéderait à l'instituant.

(3) Lettre S, p. 386, col. 2.

testament olographe grevant de substitution graduelle et perpétuelle, de mâle en mâle, la plus grande partie de ses biens qu'il laissait à son fils, le maréchal de Villars maria ce fils comme aîné et principal héritier. Puis, par un codicille postérieur, il confirma la substitution. Après la mort du maréchal, le fils, duc de Villars, demanda la nullité de la substitution; la Chambre des Requêtes lui donna gain de cause et, sur un appel du tuteur à la substitution, la Grand' Chambre rendit un arrêt de confirmation.

Voici, rapportés par Merlin, les motifs invoqués par l'avocat général Chauvelin : « Les institutions contractuelles sont regardées comme des actes irrévocables, comme la loi des deux familles qui s'allient. Si elles sont irrévocables, elles ne peuvent plus être susceptibles de nouvelles conditions et de nouvelles charges, parce que ces conditions et ces charges emportent une sorte de révocation, en ce sens qu'elles diminuent le bienfait, en ce qu'elles sont onéreuses à l'institué... Ajoutons à l'irrévocabilité des institutions contractuelles le motif d'équité qui ne permet pas de les grever après coup de substitutions... l'équité souffrirait-elle qu'on altérât ainsi la loi solennelle d'un contrat de mariage?... La substitution est toujours onéreuse à ceux qui en sont chargés; elle diminue, elle enlève presque la propriété des biens substitués, elle dépouille l'héritier grevé de substitution du droit flatteur de disposer en maître de ses biens » (1). Cette jurisprudence, d'ailleurs, a été expressément consacrée par l'article 13 du titre premier de l'ordonnance de 1747 sur les substitutions : « Les biens qui auront été

(1) Merlin, *Répertoire*, au mot *Institution contractuelle*, § 8, p. 317.

donnés par un contrat de mariage ou par une donation entre-vifs, sans aucune charge de substitution, ne pourront en être grevés par une donation ou disposition postérieure, encore qu'il s'agisse d'une donation faite par un père à ses enfants, que la substitution comprenne expressément les biens donnés et qu'elle soit faite en faveur des enfants ou descendants du donateur ou du donataire ».

A vrai dire, il n'est pas ici parlé explicitement des institutions contractuelles mais elles sont comprises par l'expression « les biens donnés par contrat de mariage » ; l'article suivant en fait foi : « Lorsque la donation ou l'institution contractuelle aura été faite à charge de remettre les biens donnés à celui que le donateur ou le donataire voudra choisir, celui qui sera élu ne pourra, sous prétexte de l'élection faite en sa faveur, être chargé d'aucune substitution. » L'article 15 va encore plus loin : « Le contenu aux deux articles précédents sera exécuté quand même le contrat de mariage ou l'acte de donation contiendrait une réserve faite par le donateur de la faculté de charger dans la suite de substitution les biens par lui donnés, laquelle réserve sera regardée à l'avenir comme nulle et de nul effet, sans préjudice de l'exécution des réserves portées par des actes antérieurs à la publication de la présente ordonnance. » Furgole fait observer que cet article « introduit un droit nouveau lorsqu'il réproouve les réserves de pouvoir substituer après coup aux biens donnés. Le législateur le reconnaît lui-même en conservant les réserves de cette qualité qui se trouveraient dans des actes antérieurs à la publication de la nouvelle ordonnance... » (1).

(1) *Observat. sur l'ordonn. de 1747, art. 15.*

Mais l'instituant pourrait-il, avec le consentement de l'institué, apposer après coup une substitution fidéicommissaire à l'institution contractuelle? Même dans ce cas exceptionnellement favorable, Lebrun ne le lui permettait pas, parce que, dit-il, « outre que le consentement pourrait avoir été extorqué, il s'agit ici de l'exécution d'un contrat de mariage dont les contre-lettres, principalement celles qui vont au désavantage de la personne mariée, ne sont pas permises » (1). Merlin fait remarquer que l'ordonnance de 1747 semble avoir consacré cette manière de voir. L'article 16 déclare, en effet, qu'il n'est pas innové par les articles 13, 14 et 15 « en ce qui concerne les dispositions par lesquelles le donateur ferait une nouvelle libéralité au donataire, soit entre-vifs, soit à cause de mort, à condition que les biens qui lui avaient été précédemment donnés demeureraient chargés de substitution, et, en cas que le donataire accepte la nouvelle libéralité sous ladite condition, il ne lui sera plus permis de diviser les deux dispositions faites à son profit... ». Or, le législateur met deux conditions à la validité des substitutions faites après coup; il faut : premièrement le consentement de l'institué ou donataire, deuxièmement une nouvelle libéralité de l'instituant ou donateur. Le législateur de 1747 admet donc avec Lebrun que le consentement de l'institué n'est pas à lui seul suffisant.

Lebrun fait observer également, mais c'est là chose évidente, que « celui à qui on a promis de ne point en avantager d'autres à son préjudice ne laisse pas de pouvoir être avantagé, car quand on promet de ne point

(1) *Tr. des succ.*, liv. III, chap. II, n° 28.

avantager d'autres à son préjudice, on ne s'interdit pas de l'avantager lui-même au préjudice des autres... » (1), *quod in favorem alicujus introductum est, non debet in ejus odium retrorqueri.*

II. Voyons maintenant les divergences entre les différents pays et les différents auteurs au sujet des dispositions à titre particulier permises au donateur postérieurement à l'institution contractuelle. Elles sont bien autrement accentuées qu'à propos des dispositions universelles. L'article 320 de la coutume de Bourbonnais passait auprès de nos anciens auteurs pour être celui qui posait le mieux les principes de la matière et savait le mieux concilier à la fois les intérêts de l'instituant et ceux de l'institué : « Institution d'héritier et pacte de succéder faits en contrat de mariage s'entend seulement des biens qui se trouvent délaissés par le décès du disposant, et n'empêche ladite institution ou convention de succéder que ledit instituant ne puisse aliéner ses biens par contrat entre-vifs. » Dans le ressort du parlement de Paris, on appliquait cet article qui était généralement regardé comme contenant le droit commun de la France. Qu'a promis l'instituant ? De laisser sa succession à l'institué. Or, dit M. Anouilh, pourvu qu'il lui conserve dans son intégrité le droit successoral, celui-ci n'a pas à se plaindre. Il aura les biens laissés par l'instituant à son décès, suivant la nature de l'institution contractuelle qui n'est autre chose que la désignation incommutable d'un héritier, c'est-à-dire un testament irrévocable : « L'irrévocabilité de l'institution doit avoir trait au titre de l'héritier, et non à l'émolument que ce

(1) *Tr. des success.*, loc. cit., n° 26 *in fine*.

titre procure, émolument éventuel et variable. L'instituant peut modifier, diminuer ou augmenter sa fortune; par le bienfait de l'institution, il ne s'est pas lié les mains au point de s'être interdit pour l'avenir la disposition des biens composant son patrimoine. Sans cela, qui voudrait faire une institution contractuelle, qui se résignerait, en contemplation d'un mariage désiré, à soustraire sa fortune à toute circulation en la condamnant à une immobilité complète? » (1).

E. de Laurière dit dans le même sens qu'une institution faite par contrat de mariage n'est pas d'une nature différente que celle qui est faite par testament, ce n'est qu'une espèce de testament fait par contrat de mariage. Or, une institution d'héritier faite par un testament ordinaire ne lie pas les mains aux testateurs et ne les empêche pas de disposer librement de leurs biens propres jusqu'à leur décès. On opposera, dit-il, que l'institution testamentaire est révocable, tandis que l'institution contractuelle ne l'est pas; mais on peut répondre que celui qui est institué héritier ne saurait avoir plus de droit sur les biens de l'instituant qu'un enfant, héritier naturel, n'en a sur les biens de son père; or celui-ci peut vendre et engager librement ses biens.

Mais à propos même de l'article 320 de la coutume de Bourbonnais se posait une question fort importante : les mots « aliéner ses biens par contrat entre-vifs », doivent-ils s'entendre indistinctement de toute aliénation, aussi bien d'une aliénation à titre gratuit que d'une aliénation à titre onéreux? Deheu semble admettre la

(1) Anouilh, *De l'instit. contr. dans l'anc. dr. fr...* II^e part., sect. 4, p. 31.

négative dans son commentaire sur la coutume d'Amiens; de même, tous les jurisconsultes des pays de droit écrit qui, nous le verrons tout à l'heure, ne reconnaissaient même pas à l'instituant le droit de disposer à titre onéreux, sauf en certains cas exceptionnels. Furgole, qui proteste contre cette doctrine, est cependant opposé lui-même aux dispositions à titre gratuit : « Il est vrai que l'instituant ne peut pas faire des aliénations à titre gratuit au préjudice de l'institution, à cause de son irrévocabilité qui empêche que l'instituant ne puisse y donner aucune atteinte par des donations ou autres dispositions gratuites postérieures... » (1).

Cette solution a été admise par plusieurs arrêts, un du parlement de Paris du 14 août 1579 et un autre du 17 décembre 1641. On peut voir également deux arrêts rapportés tout au long par Merlin, l'un rendu par la Chambre des Requêtes le 8 mai 1780 et confirmé par la Grand'Chambre le 15 mars 1782, l'autre du 2 mars 1784.

Cependant, la plupart des auteurs des pays coutumiers sont en sens contraire. Ils tiennent que l'institution contractuelle ne saurait davantage interdire à l'instituant les dispositions gratuites que celles à titre onéreux; sauf, bien entendu, les cas de fraude qui, suivant la maxime reçue, fait cesser l'application de tous les principes. La preuve de la fraude pourra résulter, soit des circonstances qui accompagnent la disposition, soit même de ses proportions excessives. C'est la doctrine de Dumoulin que nous retrouvons dans ses notes sur la coutume de Nivernais : « Si autem est donatio universalis vel quota successionis, non impedit quin titulo par-

(1) *Observat. sur l'ordonn. de 1731*, art. 13.

ticulari donator disponere possit inter vivos aut in testamento, sine fraude, alias quam per institutionem » (1). Il dit également sur l'article 34, chapitre xiv de la coutume d'Auvergne : « Non ergo potest dare coheredem etiam particularem, nisi ut legatarium vel donatarium certæ rei » et sur l'article 222 de la coutume de Bourbonnais : « ...non impeditur quædam particularia legare, manente institutione in sua quota. » E. de Laurière, Ricard, Cl. de Ferrières reproduisent la même solution; Lebrun s'exprime de même : « Quoique la tradition de droit et l'irrévocabilité de ces sortes d'institution semblent demander que l'instituant soit tenu d'en conserver l'effet à l'institué, et que c'est rendre une institution contractuelle absolument illusoire, que d'aliéner les biens et constituer des dettes, de donner entre-vifs et de faire des legs particuliers lorsque toutes ces dispositions emportent la meilleure partie des biens; néanmoins, il faut entrer dans l'esprit des contractants et ne pas s'en éloigner par de simples raisons d'inconvénients... » Or, l'intention de l'instituant est d'assurer sa succession à l'institué, mais pas au point de se lier les mains; il n'entend pas s'interdire « de contracter de bonne foi, ni d'exercer quelques libéralités pendant la vie, ni de faire quelques petits legs, pourvu que ce soit à titre particulier et sans fraude. » Il suffit que l'institué conserve sa vocation aux biens laissés par l'instituant à son décès « car, c'est ce moment qui fixe l'état de la succession, de même que l'arrivée d'un vaisseau qui était allé en voyage fixe le profit du négoce » (2).

(1) *Cout. de Nivern.*, note sur l'art. 12 du chap. des donat.

(2) Lebrun, *Traité des success.*, loc. cit., n° 18.

Enfin, nous retrouvons la même note dans Bourjon : « L'instituant peut, nonobstant l'institution d'héritier et la validité d'icelle, vendre, aliéner et hypothéquer son bien, mais à titre particulier seulement... il a voulu se constituer et s'assurer un héritier, mais non se dépouiller lui-même... Il peut même, nonobstant icelle, disposer à titre particulier par acte de libéralité... » (1). Quant à G. Coquille, il émet, en son commentaire sur l'article 12 du titre des donations dans la coutume de Nivernais, une opinion qu'on ne retrouve dans aucun autre auteur. Pour lui, l'instituant aliène son droit de disposition sur les biens qu'il possède au jour du contrat, et le conserve intact sur ceux qu'il acquiert par la suite : « Si le père, en faveur du mariage, institue son enfant, qui doit se marier, son héritier, il bride sa volonté seulement pour les biens qu'il a alors, pour n'en pouvoir disposer par dernière volonté au préjudice de cette convenance de succéder. Mais, quant aux biens qu'il acquiert par après, je crois que sa volonté est libre... et si l'on disait autrement, cette institution d'héritier serait une donation de tous biens présents et à venir, qui ne vaut, selon la commune opinion des Docteurs, pour ce qu'elle ôte la liberté de tester... » Il s'appuie sur une assimilation entre l'institution contractuelle et le testament : « Aussi la convenance de succéder est en effet un testament, en ajoutant cette condition qu'il n'est pas révocable ; or, les dispositions testamentaires se rapportent à l'état des biens qui étaient lors du testament... Il est bien prouvé que l'estimation et dis-

(1) *Droit commun de la France* (Paris, 1770), t. II, tit. III, chap. II, n° 1.

position que le testateur fait de ses biens se rapporte au temps du testament et non au temps de la mort... Encore se doit dire que les dispositions valent selon la vraisemblable volonté et intention du disposant qui lors ne pense pas aux biens qu'il n'a pas et qu'il ne se peut assurer d'avoir ». G. Coquille invoque l'autorité de Dumoulin et cite une note de cet auteur sur l'article 245 de la coutume d'Anjou ; mais il faut faire observer que Dumoulin se plaçait là dans un cas tout particulier, car la coutume d'Anjou était de celles qui, comme nous le verrons plus tard, admettait une institution voisine des convenances de succéder : la déclaration de fils aîné et principal héritier. Or, cette déclaration comportait vis-à-vis de l'instituant des clauses tout à fait spéciales et restrictives de la liberté de disposer. La doctrine de Coquille n'est guère soutenable et n'a pas été reproduite par personne.

Concluons donc avec Ricard que « le donateur, n'ayant donné que sa succession, ne s'est pas lié les mains pour ce qui est de l'administration, pouvant toujours disposer de ses biens comme un bon père de famille ferait, c'est-à-dire sans fraude, vendre ce qui lui est moins propre, créer des dettes pour la conduite de ses affaires, et enfin continuer ce qu'il avait coutume de faire auparavant... » (1). Cela emporte le pouvoir de faire des libéralités modiques entre-vifs, et même quelques legs à titre particulier.

Il faut noter cependant que tous les auteurs ajoutent la condition *sans fraude* ; or, la fraude se présume naturellement dans une donation faite à l'un des cohéritiers

(1) *Tr. des donat.*, I^{re} part., chap. iv, sect. 2, distinction 3.

de l'institué si la part promise à celui-ci s'en trouve diminuée, dans tous les cas, par conséquent, si l'institution est universelle. Merlin fait remarquer que la plupart des arrêts invoqués par ceux qui refusent à l'instituant le droit de disposer à titre gratuit sont rendus en cette hypothèse et, en réalité, à cause de la présomption de fraude. Dans le cas où la donation est faite à un autre qu'un cohéritier, la fraude ne peut être présumée ; il faut la prouver ; ce qui ne veut pas dire d'ailleurs que le juge ne peut se décider en ce cas sur de simples présomptions, mais ce seront des présomptions de fait et non de droit. La plupart du temps, elles résulteront de l'excès même de la libéralité. Une disposition assez considérable pour annuler presque entièrement le bénéfice de l'institution ne peut être réputée faite par un bon père de famille ; elle ne saurait être maintenue, car l'intention frauduleuse ressort évidemment du préjudice notable causé à l'institué. Le caractère frauduleux d'une vente ou d'une donation faite par le disposant après l'institution contractuelle pourra s'inférer encore de diverses circonstances qui accompagneront cette aliénation ; par exemple, du fait que la vente a été consentie moyennant le service d'une rente viagère inférieure au revenu du fonds vendu, ou encore de ce que la vente a été faite à un cohéritier de l'institué moyennant une somme dont on ne retrouve aucune trace dans la succession.

Devra-t-on annuler purement et simplement la disposition entachée de fraude ? Certains l'ont prétendu ; d'autres, au contraire, trouvent trop rigoureuse cette solution et demandent seulement que la disposition soit réduite à un taux raisonnable. Lebrun veut qu'on s'en remette à l'arbitrage du juge, à cause, dit-il, de la diffi-

culté de savoir exactement si les dispositions particulières que l'instituant a faites au détriment de l'institué sont vraiment inofficieuses et jusqu'à quel point ; car, « combien y a-t-il de secrètes nécessités pour vendre et emprunter et de justes reconnaissances qui obligent à donner ! » Il rapporte en ce sens un arrêt du 17 avril 1646 qui réduisit à la somme de 40.000 livres un legs fait à un gentilhomme de ses domestiques par la vicomtesse d'Auchy, au préjudice de l'institution contractuelle de son fils aîné, le vicomte d'Auchy.

Lebrun admet d'ailleurs que l'instituant peut indirectement limiter sa faculté de disposer, en se réservant cette faculté jusqu'à une certaine somme par une stipulation formelle : « Ceux qui font une institution contractuelle avec réserve de pouvoir disposer jusqu'à une certaine concurrence se prescrivent eux-mêmes des bornes pour les donations entre-vifs et testamentaires » (1). Il ajoute que cela vise uniquement les dispositions à titre gratuit et que le disposant conserve en tous les cas le droit de faire des contrats à titre onéreux pendant toute sa vie ; pourvu, bien entendu, qu'ils soient faits sans fraude. Toutes ces déductions étaient généralement admises dans notre ancien droit. Brodeau sur Louët (2) cite un arrêt sans date « en l'espèce duquel... les père et mère s'étaient réservé la faculté de disposer de leurs biens jusqu'à une certaine somme, ce qui semblait leur avoir lié les mains pour le surplus : *inclusio enim unius est exclusio alterius* ». La théorie de Lebrun repose donc sur une interprétation logique de la volonté des contrac-

(1) Tr. des succ., loc. cit., n° 24.

(2) Lettre S, n° 9, arrêt 3.

tants; si l'instituant se réserve la libre disposition d'une partie de ses biens, on en doit logiquement conclure qu'il s'interdit au contraire de disposer du reste.

L'esquisse que nous venons de faire de la jurisprudence et de la doctrine générales des pays coutumiers au sujet des pouvoirs de disposition conservés par l'instituant sur les biens, postérieurement à l'institution contractuelle, nous a révélé un système pondéré, sachant ménager à la fois les droits de l'instituant et l'intérêt légitime de l'institué. Nous allons voir maintenant, en passant à l'étude de la théorie admise dans les pays de droit écrit, que dans ces pays les pouvoirs de l'instituant étaient, au contraire, à peu près sacrifiés. C'était, pour ainsi dire, par surprise que les conventions de succéder avaient pu pénétrer dans les pays de droit écrit, si jaloux des principes romains; aussi les jurisconsultes de ces pays s'appliquèrent-ils de tout temps à restreindre une institution si peu conforme à la législation écrite, à la ramener autant que possible à cette législation en dénaturant son véritable caractère qui jurait avec la prohibition rigoureuse des pactes successores. Ils refusèrent de la considérer comme un don de succession et ne voulurent voir en elle qu'une donation de biens présents et à venir. Paul de Castres, après Bartole, propose cette solution : « Si quis dixit : dono tibi hæreditatem meam, non valet donatio, cum hæreditas non sit in vita donantis. In contrarium, videtur quasi idem sit hac dicere : dono omnia bona quæ nunc sunt bona et quæ post mortem meam erunt hæreditas. » De même, Jason et Décius : « Si donatur hæreditas tamquam jus universale, non valet donatio. Sed si quis donat simpliciter hæreditatem, id est bona,

valet donatio. » Cambolas soutient la même opinion : « Quand, par les pactes de mariage, on promet d'instituer, cela a effet de donation pour les biens présents et à venir, encore qu'elle ne semble se rapporter qu'à la mort seule, et, bien que les termes soient conçus par paroles de futur : je ferai héritier, toutefois, elles ont la même force comme si elles étaient expliquées par le présent... et c'est une donation qui comprend les biens que le donateur a au temps du décès et outre ce qu'il possédait au temps de la donation » (1). Mais, dit E. de Laurière ces auteurs se placent à un point de vue inadmissible, car il n'est pas vrai de dire qu'un don de succession soit la même chose qu'une donation de biens présents et à venir, parce que celui qui fait une institution fait un héritier et que celui qui fait une donation de biens présents et à venir ne fait qu'un donataire. Lebrun dit aussi : « Il y a quelque différence... entre les institutions contractuelles et les donations de biens présents et à venir, car il n'y a rien dans l'institution contractuelle qui ne soit relatif au temps de la mort, au lieu que la donation de biens présents et à venir a rapport aux biens présents et peut être divisée suivant l'opinion de plusieurs... » (2).

Du caractère de donation de biens présents et à venir qu'ils attribuent à l'institution contractuelle, les auteurs des pays de droit écrit tirent cette conclusion qu'elle doit être absolument irrévocable. En conséquence, ils refusent à l'instituant, postérieurement à l'institution, tout droit d'aliénation sur les biens qui en font partie,

(1) *Décisions notables* (Toulouse, 1684), liv. IV, chap. xxvi, n° 2.

(2) *Tr. des success.*, liv. III, chap. II, n° 20.

sans distinguer entre les aliénations à titre gratuit et celles à titre onéreux, entre celles entre-vifs et celles faites par testament. Il ne peut plus vendre, hypothéquer, échanger, donner ni léguer d'aucune manière. Cependant, d'après M. Anouilh, cette conclusion, admise dans les pays de droit écrit ne serait nullement rigoureuse, car le donataire de biens présents et à venir serait obligé de respecter les aliénations consenties par le donateur lorsqu'il ne divise pas la libéralité pour s'en tenir aux biens existants lors de la donation, « c'est-à-dire, lorsque, comme l'héritier institué il prend la libéralité au temps de la mort du donateur et le représente tel qu'il était à cette époque » (1). Disons que cette critique ne nous paraît pas fondée et que c'est un peu à la légère que M. Anouilh accuse d'inconséquence la jurisprudence des provinces de droit écrit. C'est qu'il raisonne, en effet, sur les donations de biens présents et à venir d'après les principes coutumiers qui même, dans l'origine, assimilaient cette donation à une donation simple de biens à venir, c'est-à-dire à une institution contractuelle (2). Les pays de droit écrit tendaient au contraire à en faire une simple donation de biens présents, par conséquent irrévocable ; ils soutenaient même au début, que le donateur devait faire délivrance au donataire au fur et à mesure des acquisitions (3). Ce ne fut que plus tard qu'ils admirèrent la division possible entre les biens présents et les biens à venir (4).

(1) *De l'inst. contract. dans l'anc. dr. fr.*..., II^e part., sect. 4, p. 33.

(2) Ricard, *Tr. des donat.*, I^{re} part., chap. iv, sect. 2, n^o 1063.

(3) E. de Laurière, *Instit. contract.*, t. I, chap. iv, n^{os} 58 et suiv.

(4) On peut consulter à ce sujet le *Traité des donations* de M. Demolombe, t. VI, n^{os} 342 et suiv.

Cependant, les parlements du Midi admettaient quelques exceptions à l'irrévocabilité de l'institution contractuelle. On admettait généralement que l'aliénation était licite : 1° pour constituer une dot aux filles ou payer leur légitime aux autres enfants. Ceci s'explique facilement, puisque le père était obligé par la loi de laisser leur légitime à ses enfants, et que les filles avaient, d'après la loi romaine, action contre le père de famille pour l'obliger à leur constituer une dot (1); 2° pour réparer le dommage causé par l'instituant. Celui qui avait été lésé pouvait agir en indemnité sur les biens compris dans l'institution; 3° afin de permettre à l'instituant d'éviter la peine encourue pour quelque crime. Fernand rapporte en ce sens un arrêt solennel du parlement de Toulouse rendu au mois de décembre 1549; 4° pour tirer l'instituant de prison. Il s'agit ici de la prison pour dettes; le prix des biens vendus servira à désintéresser les créanciers; 5° pour l'entretien de l'instituant et de sa famille. Cette conception s'explique, ainsi que les deux précédentes, par un motif d'humanité et de justice. Il n'est évidemment pas admissible que le donataire laisse mourir de faim ou languir dans un cachot celui qui s'est dépouillé pour lui de sa fortune. Ce serait même, au moins dans le dernier état du droit, un cas d'ingratitude pouvant autoriser la révocation d'une donation entre-vifs ordinaire; 6° afin de payer les dettes contractées par l'instituant antérieurement au contrat de mariage. Il y a là un motif d'équité envers les créanciers antérieurs à l'institution qui ne peuvent être lésés sans fraude par une disposition à titre gratuit d'une telle

(1) Digeste, *De ritu nuptiarum*, l. XIX.

importance; 7° d'après Fernand et Maynard, l'instituant peut aussi bailler ses biens en emphytéose; 8° d'après Guypape, il peut aussi, nonobstant une institution faite pour une certaine quantité, aliéner un immeuble en entier, sauf à l'institué à en demander compensation sur les autres biens; 9° enfin, on en vint même à lui permettre d'administrer en bon père de famille, agissant pour la conservation et l'augmentation de ses biens et d'acheter, vendre, échanger sans fraude tant les meubles que les immeubles.

Il faut avouer que c'est là une atteinte sérieuse portée au principe. Cette dernière exception est tellement compréhensive que, grâce à son élasticité, elle offre un moyen facile d'échapper à la prohibition générale. C'est peut-être ce qui explique la vogue des institutions contractuelles dans les pays de droit écrit, malgré les restrictions gênantes du principe fondamental. Elles étaient fort répandues à la fin du xvm^e siècle, et il n'y avait, dit M. Anouilh, presque pas de paysan dans le Midi qui, en établissant ses enfants, ne fit une institution contractuelle. Au contraire, dans les pays coutumiers, elles furent toujours plus ou moins restreintes en pratique aux mariages des familles nobles, sans doute parce que l'esprit féodal y avait laissé des traces plus profondes.

Hors des exceptions que nous venons de signaler, les aliénations consenties par l'instituant étaient regardées comme nulles par les auteurs des pays de droit écrit et plusieurs arrêts des parlements de ces pays ont confirmé cette doctrine. Le 11 décembre 1631, nous dit Duperrier, il fut jugé au parlement d'Aix « que le père qui, par un contrat de mariage, avait institué son fils dans une partie de ses biens présents et à venir n'avait pu

aliéner ses biens au préjudice de son dit fils, quoiqu'il n'y ait point de soupçon de fraude auxdites aliénations, et le parlement de Toulouse l'a ainsi jugé ». Toute cette doctrine de l'irrévocabilité des institutions contractuelles dans les pays de droit écrit avec ses conséquences et ses exceptions est établie et développée par les juristes et arrétistes Maynard, Cambolas, Duranty, Fernand, Guypape etc... On la trouve également reproduite dans la dernière édition des œuvres de Despeisses donnée par Rousseaud de la Combe (1) : « Bien que la donation en faveur du mariage soit faite par titre d'institution d'héritier, toutefois elle est irrévocable. L'héritier institué par contrat peut, après le décès de son père qui l'avait institué revendiquer les biens aliénés par son dit père depuis ledit contrat de mariage, sinon que le père eût aliéné ses biens pour le paiement de quelque amende à laquelle il aurait été condamné ou pour se délivrer de prison en laquelle il aurait été mis pour dette, ou de quelque peine corporelle, ou bien pour son entretienement ou celui de sa famille, ou bien qu'ayant contracté ou négocié comme un bon père de famille eût fait, il ait fait quelque perte sans dessein de frauder son donataire ou héritier contractuel, soit qu'il ait fait perte de biens meubles ou immeubles par vente, échange ou inféodation, et tel héritier ne peut pas révoquer tels contrats ».

Il va sans dire que les auteurs des pays coutumiers combattaient énergiquement cette doctrine et E. de Laurière consacre à sa réfutation quatorze paragraphes de son traité sur la matière (2). Certains jurisconsultes

(1) *Traité des contrats* (Lyon, 1750), tit. des donat., sect. 3.

(2) Voir *Traité des inst. contr.*, p. 137 et suiv.

des pays de droit écrit refusaient eux-mêmes de l'approuver. Après avoir essayé de la justifier dans ses *Questions*, Duperrier, abandonnant, dit Merlin, les subtilités et les distinctions frivoles dont il avait tenté de l'étayer, convient dans ses *Maximes de droit* que l'instituant peut, après le contrat de mariage, « emprunter et négocier comme auparavant, hypothéquer son bien, vendre et permuter sans fraude et sans simulation... faire des legs pieux... en un mot, vivre dans les biens comme un bon économe plutôt qu'en maître absolu... ». L'auteur anonyme qui l'a réédité avec des additions va plus loin : « L'instituant, dit-il, n'est pas privé de l'entière faculté d'aliéner; il s'est engagé seulement à n'avoir point d'autre héritier, et il suffit qu'il ne rende point inutile cette institution et qu'il ne lui donne pas atteinte par des aliénations frauduleuses et faites sans nécessité ». Enfin, Furgole après avoir rappelé les principes et exceptions admis en la matière par les jurisconsultes du parlement de Toulouse, dit, en ses *Observations sur l'ordonnance de 1731* que toutes ces solutions ne sont pas également logiques. D'après lui, l'irrévocabilité de l'institution enlève bien à l'instituant la faculté de faire aucune aliénation postérieure à titre gratuit qui pourrait lui porter atteinte, mais ne saurait lui interdire les aliénations à titre onéreux. Il reste capable de contracter des dettes et l'institué en sera tenu sur les biens compris dans l'institution, car il est un héritier véritable et représente le défunt en l'état où il était au temps de sa mort. En effet, il est impossible d'admettre que l'hérédité déférée par contrat soit différente de celle déférée par testament; l'une comme l'autre doit être *successio in universum jux quod defunctus habuit*. Donc, il faut con-

clure que l'institué, véritable héritier, représente l'instituant au moment de sa mort et qu'il ne peut révoquer les aliénations par lui faites sans fraude, puisqu'il est tenu et garant de ses faits et promesses, conformément à la règle : *quem de evictione tenet actio, eundem agentem repellit exceptio*.

§ 2. — *Effets par rapport à l'institué.*

I. L'héritier institué par contrat de mariage n'a aucun droit sur les biens compris dans l'institution tant que le disposant n'est pas mort. Cela découle naturellement de ce que nous avons dit sur la nature de l'institution contractuelle qui ne transfère en aucune façon la propriété des biens sur la tête de l'institué. Ce n'est pas une donation entre-vifs, mais une simple élection d'héritier faite en contrat de mariage. Elle est irrévocable, il est vrai, mais nous savons que l'instituant n'en conserve pas moins la faculté de faire sans fraude toutes espèces de dispositions particulières, tant à titre onéreux qu'à titre gratuit. Nous en devons conclure non seulement que l'institué ne peut, avant la mort du disposant, aliéner ni hypothéquer les biens compris dans l'institution, ce qui est de toute évidence, mais qu'il ne peut même aliéner son titre héréditaire, l'hypothéquer à ses créanciers, le transmettre par donation entre-vifs ou testamentaire, ni même y renoncer. Telle est la doctrine générale de nos anciens auteurs fondée sur les principes généraux qui défendent de spéculer sur les successions futures (1).

(1) Voir Chabrol, *Commentaire sur la Coutume d'Auvergne*, chap. xiv et suiv.

Les droits de l'institué contractuel prennent vie et force définitive à la mort du disposant. C'est un héritier véritable; il a toutes les prérogatives de l'héritier du sang, il bénéficie de la maxime : *Le mort saisit le vif*, c'est-à-dire que, par la seule force de la disposition faite en sa faveur, il est saisi de plein droit des biens du défunt, soit en totalité, soit pour partie, suivant que l'institution porte sur l'universalité ou sur une quote-part seulement des biens laissés par l'instituant à son décès. Sur ce point la doctrine de nos anciens auteurs est unanime, et il n'en saurait être autrement, car les dispositions des coutumes sont très explicites. L'article 12 du chapitre xxvii de la coutume de Nivernais porte : « Les donations universelles ou particulières faites en contrat de mariage... saisissent les cas advenants... » Celles de l'Auvergne et du Bourbonnais sont formelles dans le même sens (1).

On sait que la saisine consiste en ce que la propriété et la possession des biens du disposant passent de sa personne à celle de son héritier, sans qu'il soit besoin de la part de ce dernier d'aucune appréhension réelle et corporelle. « L'héritier contractuel, dit Pothier, étant un vrai héritier lorsqu'il accepte la succession, il est censé saisi, de même que tout autre héritier, dès l'instant de la mort de l'instituant, suivant la règle *le mort saisit le vif*, et il peut se mettre en possession de tous les biens qui en dépendent sans en demander aucune délivrance » (2). Boucheul dit également : « L'institué n'est pas obligé de demander la délivrance des biens

(1) Voir *Cout. d'Auvergne*, chap. xiv, art. 17, et *Cout. de Bourb.* art. 219.

(2) *Introduction à la Coutume d'Orléans*, tit. xvii, n° 23.

compris dans son institution, mais en peut prendre la possession comme saisi de droit » (1).

Cette saisine a des effets importants. L'héritier est saisi *quamvis ignorans, absens, infans, furiosus et mente captus*; il peut intenter l'action en complainte; c'est à lui que les légataires doivent demander la délivrance de leurs legs, etc...

Les institutions faites par actes de société universelle, autorisées par la coutume d'Auvergne, font également des héritiers véritables « et saisissent les contrahans ladite association ou leurs descendants... », selon les termes de l'article premier du chapitre xv de la coutume d'Auvergne. Dans une note sur cet article, Dumoulin fait observer que les convenances de succéder insérées dans un contrat d'association universelle sont valables en tout lieu, mais que la saisine ou transfert de la possession n'est efficace que dans les limites de la coutume.

Merlin pose, à propos de la saisine, une question qui donna lieu le 30 août 1700 à un arrêt célèbre du Parlement de Paris. Doit-on exiger les formalités de vest et de dévest, de saisine et de dessaisine, de déshéritance et d'adhéritance pour la validité d'une institution contractuelle, quant aux biens situés dans des coutumes où ces formalités sont requises pour les translations de propriété? L'arrêt de 1700 a décidé la négative, parce que les convenances de succéder sont des contrats spéciaux, soumis à des règles particulières et dispensés des formalités des autres contrats, particulièrement de celles de vest et dévest, saisine et dessaisine. Ces formalités n'avaient pour but que de transférer, fictivement tout au moins, une

(1) *Des conventions de succéder* (Poitiers, 1727), chap. xxix, n° 21.

possession actuelle en la personne du donataire ou acquéreur quelconque ; or, ce transfert de possession n'a pas de raison d'être dans les institutions contractuelles qui ne sont pas soumises à la règle *Donner et retenir ne vaut*.

C'est encore par une exception à cette règle que l'on admet que si l'instituant s'est réservé la libre disposition d'une certaine somme ou de certains biens parmi ceux donnés contractuellement, cette somme ou ces biens appartiendront à l'héritier contractuel et non à l'héritier *ab intestat*, si l'instituant vient à mourir sans en avoir disposé. La maxime *Donner et retenir ne vaut*, ferait adopter la solution contraire en cas de donation entre-vifs, car celui qui, donnant tous ses biens présents, se réserve d'en disposer pour partie ne donne point ce qui est compris dans la réserve. Mais, dit Lebrun, « l'institution contractuelle faisant un héritier irrévocable, tout ce qui tombe dans la succession *ab intestat* lui appartient de plein droit ; car un héritier *ab intestat* ne concourt pas avec un héritier contractuel *in solidum* et ils ne concourent jamais ensemble qu'en cas que l'institution ne soit que pour une certaine quotité de biens ; ainsi l'héritier contractuel ne peut manquer de profiter de la réserve apposée dans son institution quand elle devient caduque au moyen de l'inexécution » (1).

Autre question : la saisine dont se trouve investi l'héritier contractuel est-elle irrévocable ? Non, elle ne l'est pas, car cet héritier conserve le droit de renoncer à la succession et peut faire cesser ainsi la saisine. Inutilement ferait-on valoir qu'il a déjà accepté la succession

(1) *Tr. des success.*, loc. cit., n° 24.

lors du mariage, car cette acceptation portait uniquement sur la faculté de devenir héritier et non pas sur la succession elle-même. En effet, il ne saurait être question d'accepter une succession non ouverte, puisqu'elle n'a pas encore d'existence réelle. Donc le contrat de mariage l'a mis simplement dans la situation d'un héritier présomptif, et, comme lui, il doit jouir du droit de délibérer et de renoncer s'il le juge préférable. C'est ce que décide la coutume d'Auvergne, chapitre xiv, article 34 : « ... ledit héritier ainsi institué par contrat de mariage sera reçu à renoncer à ladite succession ». De même l'article 223 de la coutume de Bourbonnais. Cependant Lebrun apporte une exception à la faculté de renoncer : « ... si quelqu'un a fait son héritier contractuel de la personne de celui qui était *ab intestat* son unique héritier, et cela sous quelque condition particulière, je n'estime pas qu'en ce cas il soit permis à l'héritier institué de déclarer qu'il accepte la succession non en vertu de l'institution, mais par droit du sang et *ab intestat*, parce qu'il y aurait du dol dans la conduite de cet héritier d'avoir lié les mains au donateur par l'acceptation de son institution contractuelle qui l'empêchait de disposer par testament, et en conservant cet effet de l'institution de s'aviser après cela de renoncer à l'institution même et de vouloir venir *ab intestat* afin de se dispenser de la condition... » (1). Mais la jurisprudence était en sens contraire, car Lebrun lui-même ajoute : « ... et cela mérite d'être observé, ne l'ayant pas été jusqu'à présent ».

Si l'héritier contractuel s'abstient de renoncer, il a le

(1) *Tr. des success.*, liv. III, chap. II, n° 40.

choix entre l'acceptation pure et simple et l'acceptation sous bénéfice d'inventaire, sauf au cas où il y aurait un lignager du défunt qui voudrait accepter purement et simplement, car en ce cas le lignager serait préféré à l'héritier contractuel acceptant bénéficiairement. C'est là le droit commun de la France, inscrit formellement dans l'article 213 de la coutume du Bourbonnais : « L'héritier institué par contrat de mariage est tenu de payer et répondre de toutes dettes et charges héréditaires ; toutefois lui est permis renoncer à ladite succession ou soi porter héritier par bénéfice d'inventaire ; mais si aucun du lignage du défunt se voulait rendre héritier simplement, faire le pourrait, et en ce cas est préféré audit héritier conventionnel qui ne se voudra porter héritier simple ». D'après Dumoulin, un collatéral qui voudrait se porter héritier pur et simple excluerait même un fils qui, étant appelé à la succession de son père par son contrat de mariage, ne l'accepterait que sous bénéfice d'inventaire ; mais il en serait autrement si le fils renonçait à l'institution contractuelle pour se porter héritier *ab intestat*. Cette solution s'inspire de l'article 329 de la coutume du Bourbonnais : « Le lignager qui ne veut porter héritier simple est à préférer à ceux qui se veulent porter héritiers par bénéfice d'inventaire, combien qu'il ne soit si prochain du défunt comme celui qui requiert être admis par ledit bénéfice d'inventaire ». Mais Coquille soutient une opinion différente dans son commentaire sur l'article 29 des successions de la coutume de Nivernais : « Du Molin, en l'adnotation sur ledit 223^{me} article de Bourbonnais, dit que le fils héritier conventionnel qui voudrait se dire héritier par inventaire serait exclu par l'héritier simple collatéral, sauf audit fils de

reprendre la voie *ab intestato*; ce que je ne voudrai suivre même après l'autorité desdites coutumes de Paris et d'Orléans qui préfèrent le fils héritier par inventaire à l'héritier collatéral simple; et encore pour ce que quand le fils est institué héritier conventionnel semble que ce qui est de droit de nature, par lequel la succession des pères est due aux enfants, n'est pas offusqué ni aboli, mais plutôt renforcé et confirmé par la convenance de succéder... ». Lebrun se range à cet avis; il soutient même que dans les coutumes qui n'ont pas de disposition analogue à celle du Bourbonnais l'héritier contractuel qui accepte bénéficiairement ne saurait être exclu par un héritier pur et simple venant *ab intestat* : « ... si on admet l'exclusion d'un héritier conventionnel, ce ne peut être qu'en faveur d'un autre héritier aussi institué par son contrat de mariage, ce qui même est assez susceptible de difficulté. Mais un héritier contractuel ne peut pas être exclu par un héritier *ab intestat* pur et simple par la raison qu'ils n'ont rien de commun et que l'héritier contractuel a pour lui la volonté expresse du défunt qui le préfère absolument à l'héritier présomptif » (1). Cependant, cette dernière opinion n'a pas prévalu.

Notons même que certaines coutumes, non contentes de faire passer l'héritier pur et simple *ab intestat* avant l'héritier contractuel qui accepte bénéficiairement, lui préfèrent encore l'héritier *ab intestat* acceptant sous bénéfice d'inventaire. C'est ainsi qu'en dispose l'article 29, titre 34 de la coutume de Nivernais : « L'héritier conventionnel fait par contrat de mariage, posé qu'il ne soit lignager, peut se porter héritier par bénéfice d'inven-

(1) *Tr. des succ.*, liv. III, chap. IV, n° 49.

taire et y sera reçu, pourvu qu'il n'y ait lignager qui veuille être héritier simple ou en ladite qualité ». De même l'article 35 du chapitre xiv de la coutume d'Auvergne : « Et se pourra ledit héritier institué par contrat de mariage rendre héritier par bénéfice d'inventaire du défunt si bon lui semble au cas où il n'y aurait aucun du lignage dudit défunt qui se vusist porter héritier simple ou par bénéfice d'inventaire, lequel sera à ce préféré à u dithéritier conventionnel » (1). Telle est enfin la disposition de l'article 248 de la coutume de la Marche : « ... l'héritier conventionnel par mariage ou communauté, s'il ne veut accepter simplement ladite succession, se pourra porter héritier par bénéfice d'inventaire, et si aucun des lignagers du défunt ne le veut être, car ils seraient préférés audit héritier conventionnel ». Chose curieuse ! la coutume du Bourbonnais qui, dans son article 223 cité tout à l'heure, s'était montrée plus large, exigeant de l'héritier *ab intestat* une acceptation pure et simple pour le faire passer avant l'héritier contractuel acceptant sous bénéfice d'inventaire, semble elle-même s'être reprise dans l'article 330 et avoir adopté la solution contraire. Cet article 330 est tout à fait semblable à l'article 248 de la coutume de la Marche : « ... l'héritier conventionnel par mariage ou autrement, posé qu'il soit étranger, pourra, s'il ne veut accepter purement et simplement ladite succession, se porter héritier par bénéfice d'inventaire, si aucun des lignagers du défunt ne le veut être par ledit bénéfice d'inventaire ». Pour éviter une antinomie, il faut admettre que l'article 223 prévoit le cas où l'héritier contractuel

(1) L'article 39 du chap. xii de la même coutume formule les mêmes principes.

est lui-même un lignager du défunt tandis que l'article 330 reçoit son application dans le cas contraire; argument des mots *posé qu'il soit étranger*. Cette distinction s'expliquerait par cette considération que dans la première hypothèse l'héritier a deux titres, pour ainsi dire, à la succession du *de cujus*, puisqu'il est à la fois héritier contractuel et héritier du sang.

Dans tous les cas il faut remarquer avec Boucheul que les pays de droit écrit ne permettaient jamais à l'héritier *ab intestat* d'exclure l'héritier contractuel sous bénéfice d'inventaire, même en acceptant purement et simplement, même si l'institué était étranger à la famille du défunt. Cela vient de ce que l'acceptation sous bénéfice d'inventaire était, dans les pays de coutumes, une exception à la loi qui n'avait lieu qu'en vertu de *lettres de bénéfice d'inventaire* délivrées par la chancellerie, tandis que dans les pays de droit écrit, l'admission au bénéfice d'inventaire était une faculté accordée à l'héritier par la loi elle-même, conformément aux principes romains.

Quelles sont, au cas d'acceptation sous bénéfice d'inventaire, les charges supportées par l'héritier contractuel? Il supporte comme l'héritier du sang toutes les dettes et charges de la succession, mais bien entendu jusqu'à concurrence seulement du bénéfice qu'il retire de la succession. Il est aussi de toute évidence qu'il ne supportera que les dettes et charges contractées sans fraude de la part du défunt et conformément aux pouvoirs que nous lui avons reconnus sur ses biens postérieurement à l'institution contractuelle. C'est-à-dire qu'il devra payer les légitimes qui pourront être dues aux enfants du défunt, si celui-ci n'a pas laissé des biens

suffisants indépendamment de ceux compris dans l'institution : c'est là une obligation formellement imposée par les coutumes (1). Il supportera les avantages faits antérieurement à son institution et non révoqués par elle, et cela quelle qu'en soit l'importance ; par exemple, une institution partielle. Il paiera toutes les dettes contractées de bonne foi, même postérieurement à l'institution, et les legs modiques ; le tout suivant les principes que nous avons examinés plus haut.

II. L'héritier contractuel qui a accepté purement et simplement supporte évidemment toutes les charges ; mais doit-on dire qu'il n'est tenu, comme l'héritier bénéficiaire que *pro modo emolumenti* ? Duplessis a soutenu cette opinion, ainsi que Duperrier et son annotateur. L'héritier contractuel n'est pas, disent-ils, un héritier véritable, car la loi seule peut faire un héritier ; ce n'est à proprement parler qu'un donataire ou légataire universel. Il font valoir en outre que « la loi qui rend l'héritier pur et simple sujet à toutes les dettes indistinctement, faute d'avoir fait inventaire, n'est point faite pour celui qui ne tient le titre d'héritier que de la libéralité du défunt et non point de la disposition de la loi, et ces deux titres d'héritier par la loi et d'héritier par la disposition du défunt ne peuvent concourir en un même sujet, parce que ce sont deux titres lucratifs et deux titres universels qu'il y a de la contradiction d'accumuler. Celui qui est héritier pour le tout en vertu de la disposition du défunt, auquel il doit sa vocation à la succession, ne pourrait pas aussi être héritier pour le tout en vertu de la disposition de la coutume, parce

(1) Voir *supra*, section III.

qu'il n'y a rien de plus dans un titre universel que dans un autre » (1). Enfin, à ceux qui invoquent des textes de droit romain on fait observer qu'ils ne sauraient s'appliquer à l'institution contractuelle, puisqu'elle était inconnue dans cette législation.

Cependant l'opinion contraire triomphait généralement avec Lebrun, Bourjon, E. de Laurière, Cl. de Ferrières et Furgole. En effet tout héritier, qu'il tienne son titre de la loi directement ou par l'intermédiaire du *de cujus*, est obligé en principe au paiement intégral des dettes. C'est un double motif de logique et d'équité qui a fait admettre ce principe : il est naturel que celui qui continue la personne du défunt soit réputé avoir contracté les dettes et obligé à les payer, comme il est censé avoir acquis les droits actifs qui lui sont transmis par le *de cujus*; il est juste que l'héritier paie la totalité des dettes, puisqu'il recueille la totalité des biens, et cela même au cas où le passif absorbe et surpasse l'actif. En effet, la vocation héréditaire porte, non sur les sommes déterminées, actives ou passives, mais sur une universalité. Et puis comment limiter l'obligation de l'héritier pur et simple à son émolument, puisqu'en l'absence d'un inventaire il est impossible de le déterminer? L'admettre, ce serait ouvrir la porte à toutes les fraudes, l'héritier pouvant dissimuler une bonne partie de l'actif et léser ainsi les créanciers qui ne possèdent aucun moyen de constater ce qu'il a recueilli dans la succession.

Qu'on ne vienne pas refuser à l'institué le caractère d'héritier véritable, car il lui est accordé formellement

(1) Voir Lebrun, *Tr. des success.*, liv. III, chap. II, n° 41.

par toutes les coutumes qui parlent de l'institution contractuelle, et tous les auteurs, au moins dans les pays coutumiers, ont été de tout temps unanimes à le lui reconnaître. On ne peut donc pas opposer que la loi seule a le pouvoir de faire des héritiers, puisqu'elle donne ce pouvoir à l'instituant, de telle sorte qu'il est vrai de dire que l'héritier contractuel est héritier par la loi, bien que par l'intermédiaire de l'instituant. D'ailleurs les coutumes qui renferment le droit commun sur la matière permettent à l'institué d'accepter sous bénéfice d'inventaire, « ce qu'elles feraient inutilement, dit Lebrun, si, sans cette formalité même, il n'était jamais tenu *ultra vires*. » Enfin, la coutume d'Auvergne est formelle dans le sens de l'obligation de l'institué héritier pur et simple à la totalité des dettes : « L'héritier institué par contrat de mariage est tenu de payer et répondre de toutes charges héréditaires du défunt tant actives que passives, comme seraient héritiers *ab intestat*... » (1). De même l'article 223 de la coutume de Bourbonnais : « L'héritier institué par contrat de mariage est tenu de payer et répondre de toutes dettes et charges héréditaires... »

Ceci étant établi, devons-nous admettre que l'héritier contractuel peut diviser son institution, c'est-à-dire accepter les biens existants lors du contrat en supportant les dettes correspondantes, et se soustraire aux dettes postérieures en renonçant aux biens acquis depuis l'institution ? Les jurisconsultes des pays de droit écrit tiennent généralement pour l'affirmative. Ils assimilent, nous le savons, l'institution contractuelle à une dona-

(1) Coutume d'Auvergne, tit. XIV, art. 34.

tion de biens présents et à venir et le veulent absolument irrévocable. Or, disent-ils, si le donataire ne pouvait diviser la donation pour s'en tenir aux biens présents, le donateur aurait un moyen facile d'anéantir la donation ; il lui suffirait de grever sa succession de dettes assez considérables pour absorber tout l'actif, et le donataire, étant obligé de les payer, verrait réduire à néant son titre lucratif. Brodeau, dans ses annotations sur Louët, est dans le même sens, mais il faut remarquer qu'il n'envisage formellement que la donation de biens présents et à venir. Les raisons de décider ne sont plus du tout les mêmes dans l'institution contractuelle. En effet, dans la donation de biens présents et à venir on peut soutenir qu'il y a deux donations distinctes, tandis que la vocation de l'héritier contractuel est nécessairement unique. Cela est si vrai que Bourjon, qui croit la division possible pour les donations de biens présents et à venir, la rejette dans les institutions d'héritier : « Le donateur ayant qualifié la libéralité de biens présents et à venir... c'est toujours donation valable et divisible... » ; au contraire : « L'héritier institué par contrat de mariage n'aurait pas le droit de diviser et de restreindre l'effet de l'institution aux biens présents... la nature de la disposition manifeste son indivisibilité, ce qui le prive de ce droit. La différence entre ce cas et le précédent est cependant petite dans l'effet naturel de la disposition ; mais elle est grande dans l'expression, et l'expression détermine l'intention des contractants et par conséquent l'effet de l'acte » (1).

(1) *Droit commun de la France*, liv. V, tit. IV, IV^e part., chap. III, sect. 6.

Ricard et Lebrun n'ont pas traité la question *ex professo*, mais ils n'admettent pas même la division pour les donations de biens présents et à venir ; ils doivent donc être considérés comme la rejetant *a fortiori* pour les institutions contractuelles (1). Leur principal argument est, à l'encontre de Bourjon, que la division de la libéralité est contraire à la volonté présumée du donateur. « Avec quelle apparence, dit Ricard, peut-on faire voir qu'une personne qui a volontairement donné son bien sous la condition expresse ou tacite de payer ses dettes, même celles qu'il pourrait contracter postérieurement à la donation, soit obligée de souffrir que le contrat qu'il a fait soit coupé en deux?... » Et même à propos des donations de biens présents et à venir, Lebrun semble bien dire que la solution est incontestable en ce qui concerne les institutions contractuelles : « L'on ne manquera pas, dit-il, d'objecter que cette manière d'expliquer les donations de biens présents et à venir tend à confondre ces donations avec les institutions contractuelles qui se réduisent ainsi à ce qui se trouvera lors du décès.... A quoi je réponds qu'à la vérité les donations de biens présents et à venir ainsi entendues ont le même effet que les institutions contractuelles..... » Quant à Furgole, après avoir opiné pour l'affirmative comme les autres jurisconsultes des pays de droit écrit, il s'est rallié à l'opinion contraire dans la deuxième édition de ses *Observations sur l'ordonnance de 1731*, car, dit-il, « après avoir examiné cette difficulté avec plus d'attention, je crois que cette division n'est pas soute-

(1) Voir Ricard, *Tr. des donat.*, I^{re} part., n^{os} 1024 et suiv., et Lebrun, *Tr. des sucess.*, liv. IV, chap. II, sect. 2, n^{os} 38 et suiv.

nable, non seulement d'après les principes du droit romain, mais encore par les règles du droit français et de la jurisprudence, car, quoique l'institution contractuelle soit irrévocable, tout comme la donation entre-vifs, il y a néanmoins une grande différence entre ces deux manières de disposer. La donation des biens présents et à venir renferme réellement deux dispositions différentes dans une seule et même clause... Mais il en est tout autrement de l'institution contractuelle, car elle ne renferme qu'une seule et même disposition, laquelle a trait de temps à la mort de l'instituant, et c'est alors seulement qu'elle reçoit sa perfection; elle doit donc être essentiellement indivisible, de même que l'institution testamentaire.... » Il fait même observer que l'ordonnance permet bien la division de la donation, mais qu'elle ne dit rien de semblable au sujet de l'institution contractuelle. Voici le texte : «... il sera au choix du donataire de prendre les biens tels qu'ils se trouveront au jour du décès du donateur en payant toutes les dettes et charges, même celles postérieures à la donation, ou de s'en tenir aux biens qui existaient dans le temps qu'elle aura été faite en payant seulement les dettes et charges existant audit temps » (1).

SECTION V

RÉVOCATION ET CADUCITÉ DES INSTITUTIONS CONTRACTUELLES

Nous allons examiner maintenant quelles sont les causes qui peuvent anéantir une institution contrac-

(1) *Ordonnance de 1731*, art. 17.

tuelle parfaite et valable. De prime abord, nous voyons qu'elles se partagent en deux catégories; les unes demandent l'intervention de l'instituant, ce sont les causes de révocation; les autres se produisent en dehors de lui, ce sont les causes de caducité.

§ 1. — *Causes de révocation.*

I. Nous avons vu qu'il n'était pas au pouvoir de l'instituant de révoquer *ad libitum* l'institution qu'il avait faite. Toutefois il y avait des cas où cela lui était permis, notamment lorsque le gratifié n'exécutait pas les charges qui lui avaient été imposées comme condition de la libéralité. Il est à noter cependant que nos anciens auteurs n'ont pas ordinairement su spécialiser cette cause de révocation. Ils s'appuient sur la loi dernière *de revocandis donationibus* au code pour en faire, avec Justinien, un cas d'ingratitude : « Generaliter sancimus omnes donationes, lege confectas, firmas illabatasque manere, si non donationi acceptor ingratus circa donatorem inveniat, ita ut... quasdam conventiones, sive in scriptis donationis impositas, sine sine scriptis habitas, quas donationis acceptor spondit, minime implere voluerit... ».

Pour donner lieu à cette révocation, il ne suffit pas d'après Ricard qu'il y ait de la part du donataire une simple négligence à s'acquitter de ses obligations, « mais il faut qu'ils'y voie une contumace affectée et une demeure obstinée contre les sommations que lui aura faites le donateur de s'acquitter de ce à quoi il s'était volontairement obligé ». Il fonde cette solution sur le motif que la négligence ne peut tout au plus que dénoter un certain

sans-gêne ou un léger mépris et ne saurait suffire à constituer le crime d'ingratitude requis par la loi. Et même, ajoute-t-il, « il est à propos en ce cas que le juge rende quelques sentences comminatoires auparavant que de prononcer définitivement la révocation » (1), afin de faire éclater la mauvaise volonté du donataire ou de l'institué.

Bourjon seul semble avoir compris que l'inexécution des charges devait former une cause à part de révocation et il lui consacre une section spéciale dans son traité des donations (2). Mais il émet l'avis qu'en principe l'inexécution des charges n'emporte pas la révocation de la donation : « La charge ne produit qu'une action tendante à son exécution et par l'effet de laquelle on peut contraindre le donataire de satisfaire à icelle ». Cependant il fait exception pour le cas où la condition n'est pas réductible en deniers, telle que l'acceptation de la tutelle des enfants du disposant, car l'inexécution de cette charge « opère résolution de la donation parce qu'elle est inséparable d'icelle et que le donataire ne peut diviser la volonté de son donateur... ». Il excepte encore le cas où la donation a été faite, à charge au donataire de fournir des aliments au donateur : « Le retard de satisfaire à une telle charge détruit la donation dès que ce retard est constaté juridiquement ».

Comme on le voit, Bourjon se place toujours dans l'hypothèse d'une donation, mais cela s'applique également aux institutions contractuelles, car il admet au titre précédent qu'on y peut valablement apposer des con-

(1) *Tr. des donat.*, part. III, chap. VI, n° 699.

(2) *Droit comm. de la Fr.*, liv. V, tit. IV, VI^e part., chap. III, sect. 3, n° 12 et 13.

ditions et renvoie à son traité des donations. Notons cependant que la seconde exception ne trouve guère d'application dans le cas d'une institution contractuelle.

II. La question de la révocation des institutions contractuelles pour cause d'ingratitude avait donné lieu dans l'ancien droit à une controverse assez considérable. Le fondement de cette révocation, quant aux donations en général, se trouvait au Code, dans la loi dernière *de revocandis donationibus* déjà citée : « Generaliter sancimus omnes donationes, lege confectas, firmas illabatasque manere si non donationis acceptor ingratus circa donatorem inveniatur ita ut injurias atroces in eum effundat, vel manus impias inferat, vel jacturæ molem ex insidiis suis ingerat, quæ non levem censum substantiæ donatoris imponat, vel vitæ periculum aliquod ei intulerit, vel quasdam conventiones sive in scriptis donationi impositas, sive sine scriptis habitas, quas donationis acceptor spopondit, minime implere voluerit. Ex his enim tantummodo causis, si fuerint in judicium dilucidis argumentis cognitionaliter approbatæ, etiam donationes in eos factas everti concedimus ».

Cette loi de Justinien énumère limitativement cinq cas d'ingratitude ; néanmoins Ricard fait observer qu'elle est très compréhensive, parce qu'elle est conçue en termes indéfinis et généraux. Le premier chef d'ingratitude prévoit les injures graves du donataire envers le donateur ; il s'agit ici des injures réelles aussi bien que des injures verbales. La loi parle en second lieu des coups portés par le donataire au donateur, puis en troisième de la perte grave dans la fortune du donateur causée par le donataire, et, en quatrième, du fait de la part du donataire d'avoir attenté à la vie du donateur. Enfin le

cinquième cas d'ingratitude, est, nous l'avons vu, l'inexécution des charges et conditions grevant la donation, et nous avons fait observer que c'était là une cause de révocation distincte de l'ingratitude proprement dite.

La difficulté est de savoir si ces causes de révocation fondées sur l'ingratitude du donataire s'appliquent dans les donations en faveur du mariage et spécialement dans les institutions contractuelles. D'Expilly, Favre et Rousseaud de la Combe sont d'avis que les donations entrevifs faites en faveur du mariage, pas plus que les institutions contractuelles, ne peuvent être révoquées pour cause d'ingratitude. Le motif en est, dit Rousseaud de la Combe, qu'une telle donation est onéreuse ; « sans elle, le mariage n'eût été contracté ; elle est en faveur des enfants du mariage ; il n'est pas juste qu'ils souffrent pour la faute de leurs parents. » Le président Favre dit également : « Non ei tantum acquiritur cui donatum est, sed conjugi quoque et liberis ex eo matrimonio nascituris, quorum etiam omnium rationem haberi æquum est. Unde est quod contractus matrimonii non unius aut alterius personæ contractus est, sed totius familiæ et eorum omnium inter quos agnationis et cognationis jura consequuntur ». Ces auteurs s'appuient en outre sur la législation romaine des dots ; la loi 69 § 6 du Digeste, *De jure dotium* porte : « Patrona dotem pro liberta jure promissam quod extiterit ingratam non retinebit ». La loi 24 au Code *de jure dotium* donne la même solution. Cependant Rousseaud de la Combe admet que l'institution contractuelle de l'enfant à naître faite par les parents est révocable pour cause d'ingratitude de cet enfant.

D'après Duperrier, Bourjon, Ricard et E. de Laurière,

les donations par contrat de mariage sont, comme les autres soumises à la révocation pour cause d'ingratitude du donataire. Ricard fait tout d'abord observer qu'on ne doit pas s'arrêter aux textes de la loi des dots cités par les partisans de l'irrévocabilité, parce que, si la patronne ne peut reprendre ce qu'elle a donné, c'est que la dot est devenue la propriété du mari pendant le mariage, et même d'une façon définitive s'il vient à survivre à la femme, « si bien que la révocation pour cause d'ingratitude ne commençant son effet qu'au jour de l'action, elle ne peut pas... faire préjudice aux droits qui étaient acquis au mari auparavant l'action du donateur et l'ingratitude même commise... » (1). Il s'ensuit que les textes invoqués n'ont aucune autorité pour trancher la question débattue et décider s'il y a lieu à révocation pour cause d'ingratitude lorsque le donataire seul est intéressé. Pour ce qui est de la faveur due aux donations faites en contrat de mariage, Bourjon répond qu'il n'est point de faveur qui puisse couvrir l'ingratitude, car l'obligation d'être reconnaissant est inhérente à toute donation, abstraction faite de l'acte qui la contient. On ajoute que la succession du père et de la mère n'est pas plus due à l'enfant qu'ils instituent par contrat de mariage que la légitime à celui qu'ils n'instituent pas, et qu'un époux ingrat peut bien être, au préjudice de l'autre, privé des biens promis en institution contractuelle, puisqu'il peut bien être, à ce même préjudice, privé de sa légitime pour cause d'ingratitude. Mais, dit E. de Laurière, on objectera qu'il s'agit de savoir en faveur de qui les institutions contractuelles ont été dé-

(1) *Tr. des donat.*, part. III, chap. vi, n^{os} 681 et suiv.

clarées irrévocables, si c'est en faveur du conjoint institué ou en faveur de l'autre. Or, à y regarder de près, on s'aperçoit que c'est en faveur de tous les deux, car il ne serait pas juste qu'un des futurs conjoints contractât sur l'espérance d'une riche institution et fût ensuite lésé par suite de l'ingratitude de l'autre; sans compter que cette soi-disant ingratitude pourrait être le fruit de manœuvres déshonnêtes concertées entre l'instituant et l'institué. Et de Laurière répond en distinguant entre la révocation arbitraire et la révocation légale fondée sur de justes causes telles que l'injure grave ou la tentative de meurtre. C'est la première seule qui est contraire à l'irrévocabilité de l'institution contractuelle; la seconde doit être admise, quitte à déjouer les fraudes auxquelles elle peut donner lieu. L'intérêt des enfants sera, dit-il, sauvegardé dans tous les cas, en les considérant comme tacitement substitués à l'institution contractuelle faite au profit de leurs parents.

Comme conclusion de ce débat, Merlin dit qu'il faut admettre : 1° Que tout avantage fait en contrat de mariage par un époux au profit de l'autre est soumis à la révocation pour cause d'ingratitude; sur ce point spécial, la jurisprudence des parlements et nos anciens auteurs sont unanimes; 2° Que la même solution est universellement adoptée relativement aux institutions contractuelles faites par les époux ou l'un d'eux au profit des enfants à naître du mariage; 3° Qu'on s'accorde au contraire à dire que l'ingratitude d'un seul des époux est insuffisante pour faire révoquer une institution contractuelle qui comprendrait explicitement les deux époux. Chacun d'eux, dit Merlin, ayant une action de son chef, il ne doit pas être au pouvoir de l'un d'en priver l'autre

par son ingratitude envers l'instituant; 4° Qu'il est incontestable que l'ingratitude de l'institué ne peut faire révoquer l'institution à l'égard de ses enfants quand ils sont substitués à la libéralité.

La question ne reste vraiment discutable qu'au cas où la libéralité a été faite purement et simplement en faveur d'un des conjoints, et il semble que le parti de la révocation ait réussi à faire triompher son opinion. D'ailleurs, E. de Laurière propose, nous l'avons vu, un moyen d'éviter que les enfants ne soient dépouillés du bénéfice de l'institution par la faute de leurs parents; il les regarde comme substitués vulgairement et dès lors la révocation ne peut plus leur nuire. Ricard, il est vrai, en décide autrement, mais il faut remarquer qu'il ne statue qu'au sujet de la révocation d'une donation. Or les principes en jeu ne sont pas les mêmes que dans le cas d'une institution contractuelle. « Dans le premier, dit Merlin, le père consomme son droit et celui de ses enfants, parce que la tradition qui lui a été faite l'a rendu propriétaire absolu; dans le second, son droit n'est qu'en expectative, il ne jouit de rien du vivant de l'instituant; il ne peut donc pas enlever à ses enfants l'espérance qu'ils ont de succéder à son défaut; tout ce qu'il peut faire, c'est de se fermer à lui-même la voie de la succession » (1).

III. Reste à examiner la révocation pour cause de survenance d'enfants. Tandis que celle pour ingratitude suppose une demande du donateur, celle-là ne réclame pas son intervention directe et la loi la prononce *ipso facto*. Le fondement de cette révocation a été trouvé par

(1) Merlin, *Répertoire*, au mot *Instit. contract.*, § 9.

nos anciens auteurs dans la fameuse loi *Si unquam* portée par les empereurs Constance et Constant en l'an 355 et qui est ainsi conçue : « *Si unquam libertis patronus, filios non habens, bona omnia vel partem aliquam facultatum fuerit donatione largitus, et postea susceperit liberos, totum quicquid largitus fuerit revertatur in ejusdem donatoris arbitrio ac ditione mansurum...* » (1). Ricard fait observer que cette disposition aurait dû rester spéciale aux rapports entre patrons et affranchis, mais qu'en fait elle avait été étendue par l'usage à toutes sortes de personnes. « L'on a considéré, dit-il, que la principale raison qui avait donné lieu à la loi... (*était*) la faveur des enfants et la présomption tacite que le donateur ne se fût pas porté à se défaire de son bien s'il eût prévu la naissance de ses enfants... » (2). L'article 39 de l'ordonnance de 1731 a consacré l'usage général.

Pour ce qui est de l'application de cette loi aux institutions contractuelles, les auteurs s'accordent à faire plusieurs distinctions. S'il s'agit d'une institution faite par les pères et mères au profit d'un de leurs enfants, il est hors de doute qu'elle ne sera pas révoquée par la naissance d'autres enfants survenue après l'institution. Dans ce cas les enfants nouveau venus auront seulement le droit de faire réduire la donation à concurrence de leurs légitimes. Le motif en est que celui qui a déjà un fils peut prévoir qu'il en aura d'autres encore et par conséquent la présomption de la loi ne se rencontre plus ici. D'ailleurs, en instituant son fils, le père n'a fait en partie que remplir un devoir naturel. Il en est ainsi, sans

(1) Au code, tit. *de revocand. donat.*

(2) *Traité des donat.*, part. III, chap. v, n^{os} 562 et suiv.

qu'on doive distinguer si les enfants nés après l'institution sont du même lit que l'institué ou nés d'un mariage postérieur. On peut voir là-dessus Tiraqueau sur la loi *Si unquam* et Dumoulin en son traité *De inofficiosis testamentis*.

Au cas où l'institution contractuelle était faite par un époux au profit de l'autre, on admettait généralement aussi qu'elle n'était pas révoquée par la survenance d'enfants, parce que là non plus la présomption de la loi *Si unquam* ne pouvait être invoquée. Il y avait au contraire, dit Merlin, présomption *juris et de jure* que l'instituant avait pensé aux enfants qu'il pourrait avoir, puisque c'était là le but même du mariage.

L'ordonnance de 1731 sur les donations semble être en faveur des deux solutions que nous venons de rapporter, car elle exempte de la révocation pour cause de survenance d'enfants toutes les donations faites en faveur du mariage par les conjoints ou les ascendants ; cet argument est tiré *a contrario* de l'article 39 ainsi conçu : « Toutes donations entre-vifs faites par personnes qui n'avaient pas d'enfants..., même celles qui auront été faites en faveur du mariage par autres que les conjoints ou les ascendants, demeureront révoquées de plein droit par la survenance d'un enfant légitime du donateur ».

Le seul cas faisant difficulté était donc celui où l'institution contractuelle était faite au profit des conjoints par un étranger sans enfants. S'il venait à en avoir postérieurement à cette institution, devait-on la considérer comme révoquée ? La négative pourrait être soutenue, sur ce fondement que les enfants nés et à naître d'un mariage qui n'aurait pas eu lieu sans l'institution doi-

vent être préférés à ceux que l'instituant a eus depuis. Les donations faites par contrat de mariage sont toujours, dit-on, à titre onéreux, car les conjoints peuvent soutenir que, sans elles, ils n'auraient pas contracté et pris les charges d'une famille. C'est sans doute ce qui a déterminé les rédacteurs de la coutume d'Auvergne à décider, dans l'article 32 du chapitre xiv de cette coutume, que « Donations et autres dispositions entre-vifs, pures et irrévocables, faites en contrat de mariage et faveur des mariés, ne sont révocables, posé qu'il y ait après enfants du disposant, si n'est quant au droit de légitime ». L'article 225 de la coutume de Bourbonnais porte de même : « Donations entre-vifs universelles *aut per modum quotæ* sont révoquées si le disposant, au temps de son trépas, a enfants naturels et légitimes survivants, fors ès donations faites en contrat de mariage, lesquelles ne sont audit cas révocables. »

Ricard objecte que les époux ne pourraient, sans turpitude, n'avoir contracté que par esprit de vénalité, et que d'un autre côté, la bonne foi du donateur est hors de cause ; il s'ensuit, dit-il, « que ne pouvant pas accuser le donateur de mauvaise foi et de leur avoir caché le principe pour lequel cette révocation pourrait arriver, ils ne peuvent pas prétendre que les choses données leur doivent demeurer par forme de dommages et intérêts, comme les ayant engagés dans une affaire qu'ils n'eussent pas entreprise autrement » (1). C'est pourquoi Dumoulin fait observer sous l'article 32, chapitre xiv, de la coutume d'Auvergne que la disposition de cette coutume est contraire au droit commun de la France.

(1) *Tr. des donat.*, III^e part., chap. v. sect. 4, n^{os} 606 et suiv.

Les motifs qui entraînent la révocabilité des donations faites par les étrangers se représentent à propos des institutions contractuelles ; ils doivent donc produire les mêmes effets sur ces institutions, ainsi qu'en témoigne Bourjon : « La survenance d'enfants dans le cas où il n'y en avait aucun lors d'icelle rend l'institution caduque ; elle produit encore plus d'effets qu'une donation que cette survenance révoque, cette survenance la doit donc révoquer, et c'est ainsi que la sagesse de la loi remédie à l'imprévoyance de l'homme » (1). E. de Laurière, Lebrun et Furgole se rangent à cet avis, et généralement tous les auteurs qui ont traité de la question.

Nous remarquerons en terminant ce paragraphe que la coutume d'Auvergne admet, au sujet des institutions qu'elle permet de faire par contrat de société universelle, une solution différente de celle qu'elle donne sur les institutions faites en contrat de mariage, sauf convention contraire. L'article 4 du chapitre xv de cette coutume porte : « Convenances de succéder, apposées au contrat d'association, sont révoquées entièrement par survenance d'enfants, sinon qu'il soit expressément dit que la convention de succéder aura lieu, y ait enfants ou non, auquel cas lesdits enfants survenants auront seulement leur légitime ». D'après une note de Brodeau, il faut dire que la révocation a lieu, non seulement en faveur de celui des associés à qui les enfants sont survenus, mais aussi en faveur de tous les autres ; le mot *entièrement* en fournit un argument de texte, et d'ailleurs, l'équité le réclame impérieusement.

(1) *Dr. comm. de la Fr.*, t. II, liv. V, tit. III, chap. iv, n° 5.

§ 2. — *Causes de caducité.*

I. L'institution contractuelle est caduque : premièrement, lorsque le mariage en faveur duquel elle a été faite vient à manquer. Cette solution, admise par le droit romain d'après les principes de la *condictio causa data, causa non secuta*, a été cependant contestée par certains jurisconsultes des pays de droit écrit, notamment par d'Olive et d'Albert, dans le cas tout au moins où la donation provient du père de l'un des futurs époux. Ils argumentent de ce que le père est obligé de pourvoir à l'établissement de ses enfants pour dire qu'en leur faisant une donation par contrat de mariage il n'a fait qu'acquitter une obligation naturelle et qu'il n'a pas le droit de répéter. Ils ajoutent que la donation faite par le père de famille a pour cause bien plus l'affection qu'il porte à son enfant que le mariage que celui-ci va contracter.

Mais cette doctrine était rejetée par la plupart des jurisconsultes des pays coutumiers (1), et aussi par Furgole qui réfute vigoureusement l'opinion adverse (2). Après avoir montré que la donation en faveur du mariage est soumise tacitement à la condition *si nuptiæ fuerint secutæ*, il en déduit la conséquence qu'elle doit s'évanouir si le mariage ne s'accomplit pas. Si le père de famille était obligé de doter sa fille, il n'en est pas moins vrai qu'il l'a fait en vue d'un mariage déterminé; celui-ci manquant, la dot est anéantie; tout ce qu'on

(1) Voir notamment Denizart, *Collection de jurisprudence*, au mot *Donation*, n° 10, et au mot *Dot*, n° 11.

(2) *Questions sur les donat.*, question 23.

pourra exiger du père, c'est qu'il en constitue une nouvelle si sa fille vient plus tard à se marier d'une manière convenable. En vain objecte-t-on que la dot a pour cause principale l'affection du père de famille, cette affection même le poussera à ne pas favoriser aveuglément un mariage quelconque.

Une autre controverse portait sur le point de savoir si la mort de l'instituant antérieurement à la célébration du mariage ne rendait pas l'institution caduque. La négative était généralement admise par ce motif qu'on peut donner sous une condition qui ne doit se réaliser qu'après la mort du disposant. « La célébration du mariage, dit Chabrol, est à la vérité une condition de l'institution; mais, pour l'accomplissement de la disposition, il n'est pas nécessaire que cette condition arrive avant la mort de l'instituant, on peut donner sous une condition qui ne s'effectue qu'après la mort de celui qui donne... Si l'instituant ne peut pas révoquer la disposition dans l'intervalle du contrat à la célébration... sa mort ne doit pas opérer plus d'effet » (1).

II. Parlons maintenant d'une deuxième cause de caducité des institutions contractuelles : la renonciation de l'institué. Nous avons dit au paragraphe deuxième de la précédente section la faculté qu'avait le gratifié de renoncer à la libéralité ; ce cas de caducité ne fait aucune difficulté : les biens reviennent aux héritiers naturels de l'instituant, à moins que les enfants de l'institué ne soient substitués vulgairement à leur père. Cependant il faut admettre que les enfants de l'institué recueillent l'institution par préférence aux héritiers du dispo-

(1) *Comment. sur la Cout. d'Auvergne*, chap. xiv, sect. 2, art. 26.

sant si l'on suit l'opinion que nous allons examiner tout à l'heure et d'après laquelle il existe toujours en leur faveur une clause tacite de substitution.

Il faut noter que la renonciation de l'institué ne peut, d'après l'opinion commune, se produire avant la mort de l'instituant. « L'acceptation qu'il a faite, dit Boucheul, a son rapport au temps du décès de l'instituant et jusque là l'institué n'est pas en état de faire sa déclaration d'accepter ou de répudier la succession... parce qu'avant l'ouverture de la succession il ne pourrait pas accepter ni répudier en la loi 13 au Digeste, *de adquirenda hereditate*, puisque ces sortes de dispositions ne sont parfaites que par le décès de l'instituant... » (1).

III. L'institution faite par contrat de mariage devient encore caduque par le prédécès de l'institué. En effet, nous devons nous rappeler que l'institution contractuelle n'est pas une donation entre-vifs et que, par conséquent, elle ne transmet pas à l'institué un droit de propriété, mais un simple droit de succession. « La donation, dit Ricard, n'étant parfaite ni consommée en sa personne, elle ne peut pas recevoir sa perfection en celle d'un autre, et le donataire n'ayant aucune tradition de la chose donnée, on ne peut pas dire qu'elle soit en sa succession, et l'héritier n'a point de son chef la faveur nécessaire pour conserver cette donation sans tradition et empêcher qu'elle ne subisse les lois d'une donation à cause de mort... » (2). L'institué est dans la position d'un héritier testamentaire, sauf que son titre est irrévocable. Pour recueillir le bénéfice de l'institution, il

(1) *Traité des conventions de succéder*, chap. xxxi.

(2) *Traité des don.*, I^{re} part., chap. iv, n^{os} 1072 et suiv.

doit donc survivre à l'instituant, car la première condition pour succéder à quelqu'un est évidemment d'être vivant au moment de l'ouverture de la succession. Cette solution ne fait aucun doute au cas où l'institué décède sans enfants ; Duperrier en rapporte un arrêt du parlement d'Aix du 5 mai 1627.

Mais en est-il ainsi lorsque l'instituant laisse des enfants ? ou bien doit-on dire qu'ils recueillent l'institution par préférence aux héritiers naturels de l'instituant, quand bien même ils ne seraient pas substitués formellement à leur père prédécédé ? Lebrun qui assimile ordinairement les institutions contractuelles aux donations entre-vifs est obligé d'en décider autrement sur ce point spécial : « Cette question présuppose que l'institution contractuelle n'est pas réputée en tout cas donation entre-vifs parce qu'autrement il ne serait pas nécessaire d'examiner si elle se transmet, puisque la donation entre-vifs saisit au moment qu'elle est faite, et par conséquent le droit de succéder au donateur ferait partie de la succession de l'héritier en cas que celui-ci vînt à décéder avant le donateur... » (1). Il ajoute que la question se résout par l'affirmative, et tous les auteurs sont en ce sens. Ricard invoque à l'appui le paragraphe 5 de la loi unique *de caducis tollendis* au code, où, dérogeant à l'ancienne jurisprudence, Justinien permet aux enfants d'appréhender une succession échue à leur père, bien que celui-ci soit mort sans avoir fait adition. Il se fonde aussi sur ce que les enfants participent à la faveur qui a fait admettre les institutions contractuelles. « En effet, étant faite par un contrat de mariage, il est à présumer qu'on

(1) *Tr. des success.*, liv. III, chap. II, n° 33.

a aussi bien considéré le fruit qui en devrait provenir que les personnes qui contractent, et même les enfants sont la seule cause de la faveur, le mariage n'étant privilégié qu'autant qu'il est l'unique moyen de perpétuer les républiques et de fortifier les États, ce qui ne s'accomplit que par la production des enfants » (1). Lebret invoque les mêmes arguments dans une affaire qu'il a rapportée au chapitre troisième de ses décisions et qui fut jugée conformément à ses conclusions, le 16 juillet 1613, par un arrêt de la Grand'Chambre (2). Il fait valoir aussi les dispositions de la coutume d'Auvergne. L'article 26 du chapitre xiv porte : « Tous pactes, avantages... convenances de succéder... faites et passées en contrat de mariage... tiennent au profit des mariés et de leurs descendants et saisissent lesdits mariés et leurs dits descendants... » (3). De même l'article 296 de la coutume de la Marche : « Entre personnes de franche condition, tous pactes... convenances de succéder... institutions d'héritier... faites et passées en contrat de mariage... valent et tiennent au profit des mariés et de leurs descendants ». G. Coquille émet le même avis en son commentaire sur l'article 12 du titre des donations dans la coutume du Nivernais; après avoir posé le principe que l'institué devait, pour recueillir le bénéfice de l'institution survivre au donateur, parce que « selon le droit romain, cette espérance de succéder n'est pas transmise aux héritiers de l'institué », il ajoute : « Mais pour ce que ces institutions d'héritier en faveur des mariés sont

(1) *Tr. des don.*, I^{re} part., chap. iv, n^{os} 1075 et suiv.

(2) *Décisions de plusieurs notables questions* (Paris, 1689), décis. 3).

(3) V. égalem. l'art. 17 du même chapitre.

conventionnelles, je crois que l'espérance de succéder est transmise aux enfants du même mariage et non à autres héritiers, pour ce que la validité de telle convention est en pure faveur dudit mariage, laquelle faveur regarde la lignée qui en doit issir qui est la cause finale du mariage ».

Mais à quel titre exactement les enfants de l'institué prédécédé succèdent-ils ainsi à l'instituant ? D'aucuns ont prétendu que c'était à titre de transmission. Mais E. de Laurière fait à juste raison remarquer que cette théorie est inadmissible. En effet, s'il en était ainsi, ce n'est pas seulement à ses enfants que l'institué transmettrait le bénéfice de l'institution, mais également à ses collatéraux, à ses héritiers quels qu'ils soient, ce qui n'est admis par personne. A l'inverse l'institution ne profiterait aux enfants de l'institué qu'autant qu'ils viendraient en qualité d'héritiers à la succession de leur père ; or il est universellement reconnu qu'elle leur profite même au cas où ils renoncent à la succession paternelle. On fait valoir enfin que les enfants ne peuvent, en exerçant les droits de leur père, recueillir une succession qu'il n'aurait pu recueillir lui-même, puisqu'il était mort avant qu'elle ne fût ouverte.

Cette opinion a cependant été soutenue par Fernand, Cambolas et plusieurs arrétistes, mais elle n'a pas prévalu. D'après E. de Laurière, cette théorie serait également celle de G. Coquille et de Brodeau ; mais nous croyons qu'il s'est mépris sur la pensée de ces auteurs. G. Coquille, sur l'article 12 des donations de la coutume de Nivernais, se sert bien du verbe *transmettre*, mais n'y attache pas un sens rigoureux, comme on peut le voir en parcourant la citation donnée plus haut et où

il se borne à invoquer la faveur due aux enfants nés du mariage. Quant à Brodeau, voici ce qu'il dit sur un arrêt rapporté par Louët : « ...c'est l'ordinaire d'instituer le père et les descendants de lui, mais il ne s'ensuit pas que, lorsque les enfants ne sont point dénommés en la stipulation ou institution contractuelle, ils n'y soient tacitement compris, ou du moins que l'on ne leur puisse transmettre le droit, afin que la libéralité ne demeure point imparfaite, l'instituant ayant vraisemblablement songé à eux... » (1). Comme on le voit, Brodeau n'est pas non plus très affirmatif et semble bien plutôt pencher vers l'opinion que nous étudierons tout à l'heure et dans laquelle les enfants sont considérés comme tacitement substitués.

Avant d'aborder cette étude, disons qu'il existe une troisième opinion d'après laquelle les enfants viennent comme représentants de l'institué ; Lebrun en fait justice dans son traité des successions (2). En effet, les enfants de l'institué sont appelés à suppléer leur père prédécédé, non seulement lorsque l'instituant est leur aïeul, ce qui ne serait pas tout à fait exclusif de l'idée de représentation, mais aussi lorsque c'est un parent collatéral ou même un étranger. Or, comment peut-on faire intervenir la représentation dans un cas semblable ? La représentation peut bien faire monter un héritier à un rang supérieur à celui qu'il occupe naturellement, mais elle n'eut jamais le pouvoir de créer une vocation héréditaire. Elle exige au contraire cette vocation dans la personne du représentant comme dans celle du repré-

(1) *Recueil de notables arrêts*, lettre S, quest. 9.

(2) *Tr. des succ.*, liv. III, chap. II, n° 34 et suiv.

senté. Mais, en admettant que le donateur soit un étranger, cette vocation fait défaut aux enfants de l'institué puisque, par hypothèse, le contrat de mariage n'appelle que le père à la succession. Donc les enfants ne sauraient invoquer l'idée de représentation pour venir recueillir à son lieu et place le bénéfice de l'institution.

Comment donc expliquer l'admission des enfants ? Par une substitution tacite, répondent la plupart de nos anciens auteurs. Sans aller, comme Ricard et Lebret, jusqu'à dire que les enfants sont la seule cause de la faveur due aux contrats de mariage et que c'est pour eux seuls qu'on a introduit dans notre droit les institutions contractuelles, sans prétendre qu'ils sont naturellement appelés à la succession de l'instituant parce que leur père n'a été institué qu'en leur considération, E. de Laurière reconnaît que le donateur a dû nécessairement songer à eux et qu'on doit les considérer, sur une présomption de volonté de sa part, comme bénéficiant d'une substitution vulgaire tacite. « A prendre, dit-il, les choses à la rigueur et à la lettre, il est certain que les enfants de l'héritier contractuel ne lui sont point substitués vulgairement, puisque le testateur ne les a point institués en cas de prédécès de leur père et mère. Mais si l'on veut user de conjectures et entrer dans l'intention de celui qui a fait une institution contractuelle l'on trouvera que son dessein n'est pas seulement d'avantager le conjoint qu'il institue, mais encore ses enfants, et de les préférer à tous ses parents, et que l'autre conjoint qui s'est marié en considération de cet avantage a compté qu'en tous cas ses enfants en profiteraient... » (1). Lebrun est dans le même sens : « J'estime

(1) *Tr. des inst. cont.*, t. II, chap. VII, nos 25 et suiv.

que les enfants de l'héritier contractuel ainsi prédécédé ont été appelés sur le fondement de la présomption de la volonté de celui qui avait fait l'institution, lequel est réputé avoir voulu pourvoir aux enfants qui naîtraient du mariage en faveur duquel il faisait cette institution ; ce qui fait qu'ils y viennent *jure suo*... » (1).

Mais suffit-il, pour empêcher la caducité de l'institution, que l'institué laisse des enfants d'un mariage quelconque, ou faut-il nécessairement qu'il en ait du mariage en faveur duquel l'institution a été faite ? Dumoulin adopte la première opinion dans une note sur l'article 17 du chapitre xiv de la coutume d'Auvergne. Cet article porte que les donations et dispositions apposées en contrat de mariage et d'association universelle « saisissent... au profit des contrahans lesdits mariage et association et descendants d'eux tant seulement ». *Ex quocumque matrimonio*, ajoute Dumoulin. Il s'appuie sur la loi 4 au Digeste, *de liberis et posthumis*, qui permet l'institution des posthumes, et fait valoir que la disposition de la coutume d'Auvergne est générale : « quia non fit hic restrictio ad descendentes ejusdem matrimonii, nec infra... »

E. de Laurière remarque que l'opinion de Dumoulin peut être vraie à l'égard des institutions faites en contrat d'association, car il est juste que tous les enfants des institués en recueillent le bénéfice sans distinction de lits, mais qu'elle est fautive par rapport aux institutions portées en contrat de mariage, attendu qu'on ne saurait invoquer la volonté présumée du disposant et se fonder sur une substitution vulgaire tacite pour appeler

(1) *Tr. des succ.*, loc. cit.

à la succession des enfants nés d'un autre mariage que celui en faveur duquel l'institution a été faite.

Cependant Lebrun prétend « qu'une substitution contractuelle faite par un père dans le contrat de mariage de son fils qu'il institue et auquel il substitue les enfants mâles qui naîtront du mariage se doit étendre aux enfants d'un second mariage du fils, au cas qu'il n'en ait point du premier dans le contrat duquel la substitution a été faite, parce que cette interprétation est conforme aux intentions du père à qui les enfants mâles d'un second lit de son fils sont aussi chers que ceux d'un premier lit... ». C'est là une extension du principe de la substitution vulgaire tacite, soumise toutefois à ce tempérament que s'il y avait des enfants du premier lit ils exclueraient ceux du second. Mais E. de Laurière réfute cette manière de voir. Les dispositions testamentaires ne valent en contrat de mariage qu'en faveur des conjoints et des enfants à naître de leur mariage; faite en faveur d'une autre personne l'institution contractuelle est radicalement nulle. On ne pourrait donc substituer vulgairement, d'une façon expresse, les enfants à naître d'un autre mariage. C'est à plus forte raison un argument contre la doctrine de Dumoulin et de Lebrun, car il est de toute évidence qu'une substitution tacite qui a pour fondement la volonté présumée de l'instituant ne saurait avoir plus d'effet qu'une substitution expresse. Prohet, en son commentaire sur la coutume d'Auvergne (1) atteste que tel était l'usage de cette province elle-même. Cependant Chabrol, un autre commentateur de la même coutume, est d'un avis différent et se range à la solution préconisée par Lebrun.

(1) *Convent. sur la Cout. d'Auv.*, art. 17 du chap. xiv.

Plusieurs questions secondaires viennent se greffer sur la question principale que nous venons d'examiner. Lebrun se demande si le prédécès d'un fils institué contractuellement par son père rend l'institution caduque, bien qu'il laisse des enfants, dans les coutumes qui rejettent toute représentation, et il répond négativement. Il se fonde sur ce que les enfants sont appelés comme tacitement institués et non comme représentants de leur père ; il va même plus loin et prétend que dans les coutumes qui n'admettent aucune représentation, telles que les coutumes du Boulonnais, du Ponthieu et de l'Artois, et où le droit d'aînesse passe de l'aîné prédécédé au cadet, au préjudice des enfants de l'aîné, « l'aîné, héritier institué par son contrat de mariage, venant à mourir avant le père qui l'a institué, ses enfants succéderont à son droit d'aînesse, aussi bien qu'au reste de sa part héréditaire, parce que la transmission ne se divise point, et elle se fait pour tout ce que celui qui transmet aurait eu s'il avait vécu » (1). Le Camus d'Houlouve, en son commentaire sur la coutume de Boulonnais condamne la doctrine de Lebrun et admet la caducité des institutions par prédécès des institués, dans les coutumes qui rejettent la représentation. Il cite en ce sens un arrêt du 12 janvier 1627, rapporté par Brodeau et un autre de janvier 1756, rapporté par Denizart. Mais il est à noter que ces deux auteurs n'adoptent nullement la doctrine des arrêts cités. Brodeau dit au contraire que « ce droit de transmission aux enfants de l'institué aurait lieu même aux coutumes qui rejettent la représentation ou qui donnent les fiefs au second fils, l'aîné étant décédé, à l'exclusion

(1) *Tr. des success.*, liv. III, chap. II, n° 36.

des filles issues de lui, parce qu'elles ne viennent pas par représentation, mais de leur chef... en conséquence de l'institution qui saisit l'institué et ses enfants et descendants dès le jour du contrat de mariage, quoiqu'il n'y soit point fait mention d'eux, et tant les filles que les mâles, et aussi bien pour les fiefs que pour les rotures... » (1).

Cependant Merlin est d'avis qu'il faut tenir un juste milieu entre l'opinion de Lebrun et celle de Le Camus : il est incontestable que les institutions contractuelles sont transmissibles aux enfants de l'institué, malgré le défaut de représentation, mais il n'en résulte pas que les enfants doivent bénéficier des droits d'aînesse qu'aurait eus leur père s'il avait vécu. On présume à juste titre que le père qui a institué son fils par contrat de mariage entend faire bénéficier de l'institution les enfants à naître du mariage ; mais on ne peut supposer avec autant de certitude que le père ait voulu transmettre le droit d'aînesse à ses petits-enfants en cas de prédécès de son fils aîné, car il n'est nullement démontré que ce soit sur eux qu'il fonde l'espoir de perpétuer l'éclat de la famille. Or, la loi déférant le droit d'aînesse au cadet en cas de prédécès de l'aîné, on doit, dans le doute sur les intentions réelles de l'instituant, interpréter ses dispositions dans le sens le plus conforme à la loi.

Une seconde question se pose à propos des filles qui renoncent en se mariant aux successions directes ou collatérales qui pourraient leur échoir, et spécialement dans les coutumes de la Marche, du Bourbonnais et de l'Auvergne relativement aux filles dotées et aparagées

(1) *Rec. de notab. arr.*, let. S, quest. 9, n° 9.

par leur père qui sont exclues de toute succession *ab intestat*. Il s'agit de savoir si ces filles renonçantes ou aparagées peuvent néanmoins succéder à leur aïeul, en vertu de l'institution contractuelle qu'il a faite au profit de leur père prédécédé. Il semble qu'on se trouve ici entre un conflit de volontés : l'aïeul est censé avoir substitué vulgairement tous ses petits-enfants, par conséquent la fille dotée ou renonçante ; le père a manifesté au contraire la volonté de l'exclure de la succession en la dotant et la faisant renoncer au profit des mâles qui doivent soutenir l'éclat de la famille : qui des deux doit l'emporter ? La volonté de l'aïeul, d'après Bartole et quelques vieux auteurs, car la renonciation légale ou conventionnelle des filles mariées n'a trait qu'aux successions à échoir et jamais aux droits qu'elles ont acquis avant leur mariage. Dans l'espèce, la fille mariée a un droit acquis à la succession contractuelle, puisqu'elle y est appelée en vertu d'une substitution vulgaire tacite qui remonte à l'époque du mariage de ses parents. Celle du père, riposte E. de Laurière, car l'aïeul est censé n'avoir substitué vulgairement « que celles de ses petites-filles qui auraient pu lui succéder avec leurs frères au temps du décès. Or, ses petites-filles mariées et aparagées, exclues par leur renonciation tacite ou expresse n'auraient pu lui succéder, et par conséquent, il n'est pas présumé les avoir voulu comprendre sous l'institution contractuelle qu'il a faite en faveur de leur père » (1).

On objecte que les filles mariées ne sauraient être privées de leurs droits sur les successions contractuelles, parce que dans le cas d'exclusion coutumière la loi ne

(1) *Tr. des inst. contr.*, t. II, chap. VII, nos 66 et suiv.

peut leur enlever que les successions qu'elle leur donnerait, c'est-à-dire les successions ordinaires, et qu'au cas d'exclusion conventionnelle, le résultat est le même, parce que les filles n'entendent pas en renonçant faire autre chose que ce que la loi elle-même aurait fait. E. de Laurière répond que ce sont là pures subtilités. En réalité, le but poursuivi par la loi est de favoriser le maintien des grandes familles, en excluant les filles dotées, et pour atteindre le but, il est nécessaire qu'elles ne prennent part ni dans les successions *ab intestat*, ni dans les successions contractuelles. C'est le même but que se propose le père en aparageant sa fille ou en la faisant renoncer, et il n'est pas probable que l'instituant ait eu une intention différente. Aussi conclut-il, « le mieux est de dire dans l'espèce proposée que les petites-filles sont toujours exclues par leurs frères de la succession contractuelle de leur aïeul. »

Il nous faut maintenant nous demander comment se partage une succession contractuelle entre les enfants de l'institué par contrat de mariage mort avant l'instituant. Tout d'abord, il y a lieu de distinguer si l'institution est faite par un ascendant, par un collatéral ou un étranger. En effet le droit d'aînesse s'exerce dans les institutions contractuelles tout comme dans les successions ordinaires, à condition, dit M. Merlin, « que l'instituant soit du nombre de ceux à qui la loi donne des héritiers principaux et qu'il n'ait point voulu ou pu vouloir le contraire. »

Il faut donc poser les principes suivants : si l'instituant est un ascendant, la solution est différente suivant que la succession ne comprend que des meubles ou des biens roturiers ou qu'elle renferme aussi des fiefs. Dans

le premier cas, point de difficulté, les enfants de l'institué prédécédé se partagent également tous les biens ; dans le second, au contraire, l'aîné commence par s'attribuer la part avantageuse qui lui est réservée par la coutume, puis le reste se divise également entre ses frères et sœurs. Si l'institution provient d'un collatéral, le partage se fera d'après les principes que nous venons d'énoncer dans les coutumes qui reconnaissent des aînés et principaux héritiers en ligne collatérale ; au contraire, les parts seront toutes égales dans les coutumes qui n'admettent le droit d'aînesse qu'en ligne directe. La succession se partage de cette même façon au cas où c'est un étranger qui a fait l'institution contractuelle, c'est-à-dire, toujours également.

Mais, s'il y avait lieu au droit d'aînesse dans les institutions contractuelles, fallait-il aussi y admettre la représentation ? Point de doute si l'institution provient d'un ascendant, car les motifs qui ont fait imaginer la représentation se présentent ici dans toute leur force, et il est naturel de penser que l'instituant reportant sa tendresse sur les enfants de ses petits-fils prédécédés ait entendu les substituer au défaut de leur père et de leur aïeul. Si l'institué vient à prédécéder, laissant des enfants et des petits-enfants, la succession de l'instituant se partagera donc entre eux par souches. Mais la question fait difficulté si l'instituant est un collatéral ou un étranger. En effet, les intentions de l'instituant ne seront plus aussi évidentes. Le grand'oncle n'a peut-être pas pour ses petits neveux la tendresse qu'il avait pour les enfants de son frère. Cependant E. de Laurière est d'avis que la représentation à lieu, même en ce cas, et qu'on doit partager par souches. Il en donne pour

motif que telle était la solution admise dans les substitutions fidéicommissaires et la loi 2 au Digeste, *de legatis*, au paragraphe *in fideicommisso*. Il fait sur cette loi une longue dissertation, opposant l'avis de Balde à celui d'Accurse et finit par se rallier à ce dernier qui tenait pour la représentation dans les fidéicommis ; d'où il conclut qu'il doit en être de même dans les institutions contractuelles.

Cette déduction ne semble pas très rigoureuse, car les substitutions fidéicommissaires sont de tout autre nature que les substitutions vulgaires et il est impossible de raisonner de l'une à l'autre *a simili*. D'ailleurs l'ordonnance de 1747 sur les substitutions a décidé, contrairement à l'opinion d'E. de Laurière, que la représentation n'a pas lieu dans les fidéicommis. Voici ce que porte, en effet, l'article 21 de cette ordonnance : « La représentation n'aura pas lieu dans les substitutions, soit en ligne directe ou en collatérale... à moins qu'il (*l'auteur de la substitution*) n'ait ordonné par une disposition expresse que la représentation y aurait lieu... ».

L'usage néanmoins avait prévalu d'admettre la représentation en ligne collatérale dans les institutions contractuelles, mais il se fondait sur un autre motif que celui invoqué par E. de Laurière. On avait considéré, malgré que ce fût, comme nous l'avons dit, beaucoup moins certain qu'en ligne directe, que la volonté présumée de l'instituant était d'appeler, en vertu d'une substitution vulgaire tacite, les petits-enfants de l'institué au lieu et place de leurs père et grand-père prédécédés. On doit remarquer aussi que les coutumes de l'Auvergne et de la Marche appellent à succéder à l'instituant tous les

descendants de l'institué, sans distinguer entre les enfants, petits-enfants ou descendants plus éloignés. Il faut donc dire que la représentation était toujours admise dans les institutions contractuelles, qu'elles fussent faites par un ascendant, par un collatéral ou par un étranger, et que toujours il y avait lieu au partage par souches.

IV. Nous allons, pour terminer cette section examiner s'il y a lieu à accroissement dans les institutions contractuelles. Voici par exemple un père qui a trois enfants ; il en marie deux en les instituant par le même contrat héritiers des deux tiers de sa fortune ; puis un des institués meurt avant son père sans laisser d'enfants. On se demande, lorsque le père vient ensuite à mourir, si la portion du fils prédécédé doit revenir au troisième fils, héritier *ab intestat*, ou bien accroître à la part du co-institué. Prohet, en son commentaire sur l'article 17 du titre 14 de la coutume d'Auvergne est d'avis que l'accroissement n'a point lieu, parce que l'institution contractuelle est, comme son nom le dit, un contrat et qu'on ne doit pas étendre les contrats au delà de leurs termes. Il invoque en ce sens la loi 110 au Digeste, *de verborum obligationibus* : « Si mihi et Titio, in cujus potestate non sum, stipulo decem, non tota decem, sed sola quinque mihi debentur ; pars enim aliena deducitur ut quod extraneo inutiliter stipulatus sum non augeat partem meam. » Telle est également, et pour les mêmes raisons, la doctrine soutenue par La Thaumassière au chapitre xxxiv du livre deuxième de ses *Décisions*.

Mais il importe de remarquer que l'institution contractuelle n'est pas un contrat véritable, mais bien une institution d'héritier faite dans un contrat. Ce ne sont

donc pas les principes des contrats qui doivent lui être appliqués, mais ceux des hérédités. Par conséquent, l'accroissement aura lieu toutes les fois que les institués seront *conjuncti re et verbis* ou *re tantum*. En effet, telle était la solution en droit romain : elle est fondée sur la volonté présumée du *de cujus*, sur la vocation éventuelle de chacun des institués à la totalité de l'institution. L'héritier *ab intestat* ne saurait prétendre aux biens compris dans la disposition devenue caduque, car l'accroissement, comme le fait remarquer Cujas, et après lui E. de Laurière, n'a point lieu entre ceux qui succèdent *diverso jure*, s'il existe des héritiers venant au même titre. Que l'on suppose, dit E. de Laurière, qu'un soldat ait institué Titius et Seïus *in bonis castrensibus* ; « Titius répudie, à qui sa part accroîtra-t-elle ? sera-ce à Seïus ou aux héritiers *ab intestat* du soldat ? Il est indubitable que ce sera à Seïus, parce qu'il n'y a point de lieu au droit d'accroissement entre ceux qui succèdent *diverso jure*, tant qu'il y en a qui sont conjoints et cohéritiers entre eux et qui succèdent *eodem jure* » (1). C'est ainsi que la coutume de Paris (2) n'appelle les parents d'un côté à succéder aux propres de l'autre que s'il n'y a plus de parents de ce dernier côté. Supposons qu'en mourant le *de cujus* laisse deux oncles paternels et un oncle maternel, si l'un des oncles paternels vient à renoncer, sa part dans les propres accroîtra exclusivement au parent du même côté et ligne. Ce sont ces motifs qui ont dicté la note de Dumoulin sur l'article 17 du titre 14 de la coutume d'Auvergne : « Quid de patre

(1) *Tr. des inst. contr.*, t. II, chap. iv, nos 154 et suiv.

(2) *Cout. de Paris*, art. 330.

qui duos filios masculos instituit in contractu matrimonii eorum, postea alter sine liberis, vivo patre et fratre, decedit ? Respondeo quod ipso jure fratri superstiti accrescit, etiamsi in contractu desint verba *et eorum superviventium*. » Ricard admet la même opinion au numéro 48, partie troisième, de son *Traité des obligations*, et Furgole dans son commentaire sur l'article premier, titre 2, de l'ordonnance de 1747 sur les substitutions.

Par contre, Lebrun rejette le droit d'accroissement dans les institutions contractuelles, et cela pour un motif tout à fait particulier. C'est que, selon lui, les institués contractuels ne peuvent presque jamais être conjoints, car, dit-il, « à moins que d'instituer le mari et la femme, ou de les instituer avec leurs descendants, on ne peut jamais faire une institution contractuelle de deux personnes à la fois » (1). Mais on ne voit pas vraiment pourquoi cela serait défendu, et, de même qu'on a toujours pu instituer à Rome plusieurs héritiers par testament, de même dans l'ancien droit on a toujours permis de créer plusieurs héritiers par contrat de mariage.

SECTION VI

CLAUSES ANALOGUES A L'INSTITUTION CONTRACTUELLE

Après avoir traité de l'institution contractuelle dans notre ancien droit, nous devons dire quelques mots de certaines clauses qui s'en rapprochent et dont plusieurs avaient une importance considérable.

(1) *Tr. des success.*, liv. III, chap. II, n° 12.

§ 1^{er}. — *Déclaration ou reconnaissance d'ainé et principal héritier.*

La plus remarquable de ces clauses est, sans contre-dit, la déclaration ou reconnaissance d'ainé et principal héritier. Cette disposition était originaire des provinces de l'Ouest et les coutumes d'Anjou, du Maine, de la Touraine, de la Normandie et du Loudunois en avaient des dispositions formelles. Elle se faisait par contrat de mariage, comme l'institution contractuelle simple; mais les auteurs étaient fort divisés sur son véritable caractère. Les uns, tels que le premier président de Lamoignon, considéraient ces déclarations comme de simples donations entre-vifs: « Celui qui est déclaré fils aîné et principal héritier est saisi, du jour de la déclaration, de son préciput et de sa portion avantageuse dans les biens féodaux, et de sa part héréditaire dans les autres immeubles qui appartiennent à celui qui a fait la disposition lors du contrat de mariage, sans qu'il puisse en disposer au préjudice de l'ainé »(1). Mais on rejetait habituellement cette solution en faisant remarquer que les aînés mariés comme héritiers principaux ne pouvaient profiter des reconnaissances ou déclarations sans être héritiers de ceux qui les avaient faites, d'où il fallait conclure qu'ils ne sauraient être assimilés à des donataires.

Une seconde opinion plus suivie prétendait que celui qui avait été l'objet d'une déclaration ou reconnaissance d'héritier principal n'avait d'autres droits que ceux d'un héritier *ab intestat*. La déclaration d'ainé n'aurait pas

(1) *Traité des institutions contractuelles*, art. 9.

été une véritable disposition, mais une simple indication ou *démonstration du doigt*. Le déclarant se serait borné à attester un fait et un droit correspondant à ce fait. « Hoc exprimit, dit d'Argentré, quod a lege subintelligitur. » C'est comme s'il disait à la famille à laquelle son fils s'unit en mariage : voici mon fils aîné : c'est lui qui recueillera dans mes biens tout ce que la loi réserve à l'héritier de cette qualité. Outre l'autorité de d'Argentré, dont nous venons de faire mention, on invoquait en ce sens le nom de Chopin, célèbre commentateur de la coutume d'Anjou, qui appelle la reconnaissance d'ainé « *paterna testatio ac prædicatio, nuda patris enunciatio de futuro herede* ». Cependant il est juste de dire que d'autres passages du même auteur semblent impliquer au contraire qu'il regardait la déclaration d'héritier principal comme une véritable institution contractuelle. Quoi qu'il en soit, voici les raisons invoquées par la théorie de la *démonstration*. Dans l'institution contractuelle, tout dépend de la volonté de l'instituant : le choix de l'institué et la quotité de l'institution ; au contraire, dans la déclaration d'ainé, on ne fait qu'exprimer ce qui est dans la loi, à tel point qu'une déclaration faite en faveur d'un puîné ou d'un collatéral serait nulle et de nul effet, et la déclaration ne donne à l'ainé que ce qui lui est attribué par la loi. La plupart des auteurs admettent cependant que les déclarations ou reconnaissances d'ainés et principaux héritiers ne sont autre chose que des institutions contractuelles. Tel est l'avis de Bacquet : « Quand un père, en contractant le mariage de son fils aîné, l'a reconnu pour son héritier principal et aîné, il a les mains liées et ne peut... dissiper les héritages qui appartiennent à son fils aîné, lequel, comme

héritier contractuel, revendiquera les terres aliénées » (1). C'est aussi celui de Loysel qui, dans les *Institutes coutumières*, met sur le même pied la reconnaissance d'héritier et l'institution contractuelle (2). Ricard, au n° 1064 de la première partie de son *Traité des donations*, dit également : « Les déclarations de fils aîné et principal héritier sont aussi des espèces d'institutions contractuelles d'héritier ». Lebrun soutient la même opinion en deux endroits différents de son *Traité des successions* (3), et E. de Laurière a consacré à sa défense tout un chapitre et la moitié d'un autre dans son *Traité des institutions contractuelles* (4). Voici les arguments de cette doctrine qui triomphait généralement. Il n'y a pas lieu de distinguer entre l'institution contractuelle et la reconnaissance d'héritier principal, sous prétexte que la formule d'institution est différente : cela ne saurait importer au fond. Par conséquent, si on suppose qu'un étranger au lieu de dire : j'institue Un Tel pour mon héritier, dise : je déclare qu'Un Tel est mon héritier ou : je reconnais Un Tel pour mon héritier ; cela revient absolument au même. Alors comment peut-on douter que les déclarations et reconnaissances d'héritiers principaux soient de véritables institutions contractuelles quand elles sont faites par les père et mère de l'institué, puisqu'on admet bien qu'il en est ainsi quand elles proviennent d'étrangers ? D'ailleurs les déclarations d'ainés et principaux héritiers sont soumises

(1) *Traité du droit d'aubaine*, II^e partie, chap. xxii, n° 11.

(2) *Institutes coutumières* (Par., 1783), liv. II, tit. IV, règ. 9.

(3) *Tr. des succes.*, liv. III, chap. x, sect. 2, n° 8, et liv. III, chap. II, n° 22.

(4) *Tr. des inst. contr.*, t. I, chap. III et v.

aux règles des institutions contractuelles, et c'est une chose certaine que, d'après l'expression de Merlin, « les pères et mères qui marient leurs aînés comme leurs héritiers principaux ne les marient point comme leurs héritiers dans tous les biens qu'ils auront au jour de leur décès, mais seulement comme héritiers principaux dans les biens qu'ils possèdent au temps du mariage de leurs aînés » (1). Or, si les aînés étaient mariés comme héritiers *ab intestat*, ils devraient au contraire avoir le droit de réclamer leur préciput et leur portion avantageuse même sur les biens acquis postérieurement à leur mariage. Les aînés mariés comme tels ne sont donc pas des héritiers *ab intestat*, mais de véritables héritiers contractuels.

Quels étaient les effets des déclarations ou reconnaissances d'aînés et principaux héritiers ? Il faut ici les distinguer. Dans les pays dont la coutume a une disposition formelle sur les déclarations d'aînés proprement dites, ces effets sont assez importants. L'article 245 de la coutume d'Anjou porte : « Homme ou femme noble qui marie son héritier principal ou présomptif ou héritière principale ou présomptive déclarément comme héritier ou héritière principale ne peut, après tel contrat fait en faveur dudit mariage, rien vendre, donner, transporter ni aliéner de son héritage, à quelque personne que ce soit, de telle portion comme il en serait échu audit héritier principal ou héritière principale au temps dudit mariage, si ledit homme ou femme noble qui ont ainsi marié leur dit héritier ou héritière étaient trépassés ; saufen aucuns cas, c'est à savoir pour leur extrême né-

(1) *Répertoire*, au mot *Héritier*, sect. 3, § 2, n° 3.

cessité de vivre et pour la rédemption de leur corps ; toutefois avant que tel contrat de mariage puisse lier ni astreindre les acquéreurs et tierces personnes, serait requis que tel contrat fût dûment publié ». L'article 262 de la coutume du Maine reproduit presque mot à mot cette disposition. L'article 252 de la coutume de Touraine et l'article 4 du chapitre xxvi de la coutume du Loudunois sont conçus dans le même sens. Donc, dans toutes ces coutumes, les pères et mères nobles qui font des déclarations ou reconnaissances d'aînés et principaux héritiers sont considérés comme tacitement grevés d'une sorte de fidéicommis, bien qu'ils ne se soient pas expressément engagés à conserver leurs héritages. Ils sont incapables d'aliéner ou hypothéquer leurs biens et s'interdisent d'en disposer en quelque façon que ce soit, jusqu'à concurrence des portions avantageuses que leur fils aîné aurait eues s'ils étaient décédés à l'époque de son mariage. Les déclarations d'aînés ont donc dans les coutumes dont nous venons de parler des effets plus rigoureux que les institutions contractuelles proprement dites. Cependant il faut observer, comme nous l'avons dit, que cette incapacité de disposer qui frappe les déclarants n'a trait qu'aux biens qu'ils possédaient à l'époque du mariage. Cette solution est conforme au texte que nous avons cité de la coutume d'Anjou et se trouve appuyée par une note de Dumoulin sous ce même article. Il faut noter aussi que la coutume d'Anjou et celle du Maine exigent, pour que l'inaliénabilité soit opposable aux tiers, que le contrat de mariage soit publié. Enfin il faut, même dans ces limites, apporter deux exceptions au principe de l'indisponibilité. Les déclarants peuvent aliéner leurs biens « en aucuns cas, à

savoir pour leur extrême nécessité de vivre et pour la rédemption de leur corps » (1) ; c'est-à-dire, pour se procurer des aliments et pour se racheter de captivité. Dupineau prétend même que les termes de l'article 245 de la coutume d'Anjou ne sont pas limitatifs et qu'on peut ajouter certains autres cas à ceux qu'il énumère, par exemple la dotation d'une fille ; mais cette solution ne semble pas très exacte. D'ailleurs, les termes de l'article 252 de la coutume de Touraine ne laissent place à aucune équivoque : « Les père et mère ayant marié leur fils aîné comme aîné et principal héritier ne peuvent après, par donation ou autrement, faire que les deux parts de leur propre avec l'avantage ne demeurent audit aîné, fors pour la rédemption de leur corps ou nécessité de leur vie ». L'article 4 du chapitre xxvi de la coutume de Loudunois est également formel.

Tels étaient les effets des déclarations d'aînés dans les coutumes qui en avaient une disposition formelle ; dans la coutume de Paris et toutes celles qui ne traitaient pas explicitement de cette matière, les déclarations d'aînés produisaient à peu près les mêmes effets que les institutions contractuelles proprement dites. Il était loisible aux déclarants d'administrer en bons pères de famille, c'est-à-dire de contracter de bonne foi, de vendre, d'hypothéquer ; mais il ne leur était pas permis de faire une libéralité quelconque sur la portion avantageuse réservée à l'héritier principal ; c'est ce que porte la maxime x, livre II, titre 4 de Loysel : « Reconnaissance de principal héritier n'empêche qu'on ne se puisse aider de son bien, mais seulement qu'on avantage un autre, au pré-

(1) *Cout. d'Anjou*, art. 245, *supra cit.*

judice du marié, des biens qu'on avait alors ». On voit que les déclarations et reconnaissances d'héritiers principaux ont un peu plus d'effet que les institutions contractuelles, puisque celles-ci n'interdisent pas les libéralités faites aux étrangers, pourvu qu'elles soient exemptes de fraude.

Nos anciens auteurs se posaient les questions suivantes : « Un père qui a marié son aîné comme son héritier principal peut-il dans la suite faire convertir ses fiefs en rotures, les échanger avec des héritages tenus en censives, les vendre et employer le prix en rentes constituées ou enfin en acheter des fiefs dans les coutumes qui ne donnent qu'un modique préciput à l'aîné? » La négative était généralement adoptée, car ce serait là faire par des moyens détournés ce qu'on ne peut faire directement, c'est-à-dire annuler pour le tout ou pour partie l'effet de la déclaration d'héritier principal. Dumoulin en décide formellement ainsi dans une note sur l'article 4, chapitre xxvi de la coutume de Loudunois; la coutume dit qu'on ne peut porter atteinte à la part avantageuse du fils aîné marié comme tel « par donnaison ou autrement », et Dumoulin ajoute : « puta, permutando vel vendendo feuda ut adquirantur prædia censualia vel mobilia ».

On se demandait également si le bénéfice de la déclaration d'héritier principal se transmettait aux enfants de l'aîné prédécédé. Certains auteurs prétendaient qu'il fallait distinguer entre les coutumes. Dans la plupart, comme celle de Paris, admettant la représentation à l'infini en ligne directe, il n'est pas besoin, disaient-ils, de faire intervenir la question de transmission, car la représentation suffit à faire attribuer aux enfants de

l'aîné le bénéfice de la déclaration ; quant à celles qui n'admettent en aucun cas la représentation, comme celle du Boulonnais, la transmission n'a jamais lieu. Dans celles enfin, telles que la coutume de Péronne, qui restreignent la représentation, quant aux successions féodales, aux petits-enfants mâles, la transmission n'a pas lieu non plus, et seuls les enfants mâles de l'aîné sont appelés à son défaut et à titre de représentation. Mais cette solution n'avait pas réuni les suffrages de la majorité des auteurs. E. de Laurière la combat vigoureusement en son *Traité des institutions contractuelles* ; d'abord il est faux de dire que dans le premier cas la représentation suffit aux enfants de l'aîné marié comme tel, car Chopin fait par exemple remarquer que dans l'Anjou et le Maine le petit-fils peut succéder à son aïeul comme héritier principal, même en renonçant à la succession de son père. Ensuite, ce n'est pas vraiment par transmission que le petit-fils profite de la déclaration d'héritier principal, mais bien plutôt par une sorte de substitution vulgaire. C'est l'opinion de Lebrun qui semble justifiée par la similitude qui existe entre cette déclaration et l'institution contractuelle proprement dite : il y a d'ailleurs les mêmes motifs de décider. « Pourquoi, effet, en dit Merlin, admet-on les enfants des époux institués contractuellement à succéder à l'instituant, à l'exclusion des héritiers légitimes de celui-ci ? C'est parce qu'on a cru que celui qui préférerait à ses plus proches parents celui des époux qu'il instituait leur aurait également préféré les enfants de l'institué s'il avait pu prévoir le prédécès de ce dernier. Ne peut-on pas dire par la même raison que, lorsqu'un père marie son fils aîné comme héritier principal dans les coutumes de représentation, il insti-

tuerait aussi le petit-fils s'il prévoyait que son fils le dût prédécéder » (1). Cela résulte du principe que dans les coutumes dont nous parlons le petit-fils est toujours destiné à remplacer son père pour soutenir l'éclat de la famille. Il en est différemment dans les coutumes du Boulonnais et de Péronne, aussi la solution n'est-elle pas la même. Dans la première, c'est toujours à son frère et non à son fils que l'aîné transmet sa qualité et par conséquent le bénéfice qui peut y être attaché, et dans la seconde, il en est de même quand l'aîné n'a pas d'enfants mâles. « Il est constant dans ces coutumes, dit Merlin, que la déclaration d'héritier principal faite au profit d'un aîné ne profite jamais à son fils ou à sa fille quand il y a un oncle qui survit; mais ce n'est pas par défaut de transmission, comme l'ont cru quelques-uns, c'est uniquement par défaut de vocation de la part de l'aïeul » (2).

A propos de cette question des déclarations ou reconnaissances d'aînés et principaux héritiers, il nous reste à dire quelques mots des dispositions particulières de la coutume de Normandie. La simple déclaration d'aîné n'était vraiment dans cette coutume qu'une *démonstration du doigt* et ne limitait en rien les pouvoirs du déclarant. Celui-ci se bornait littéralement à déclarer que celui qu'il désignait était son fils aîné, lequel, d'après la coutume, recueillerait certains avantages; il ne prenait aucun engagement et le fils en question restait simple héritier *ab intestat*. En conséquence, le père conservait, comme par le passé, tout droit de disposition

(1) Merlin, *Répertoire*, au mot *Héritier*, sect. 3, § 2, n° 13.

(2) Merlin, *Ibid.*

sur les biens en général et sur ceux en particulier qui devaient former la part avantageuse réservée à l'aîné par la coutume. Le père qui voulait s'obliger faisait en outre la promesse de *garder sa succession* et alors le fils aîné n'avait plus seulement une espérance, mais un droit définitif à sa part successorale. Il n'était plus permis au père de famille de disposer à son préjudice ; il ne pouvait plus donner, vendre ni hypothéquer. C'est ce que décidait l'article 244 de la coutume de Normandie : « Si le père ou mère, aïeul ou aïeule ou autre ascendant reconnaît l'un de ses enfants pour son héritier en faveur de mariage et fait promesse de garder son héritage, il ne pourra aliéner ni hypothéquer ledit héritage, en tout ou partie, ni les bois de haute futaie étant dessus, au préjudice de celui au profit duquel il aura fait ladite disposition et de ses enfants, pourvu que ladite promesse soit portée par écrit et insinuée dans le temps de l'ordonnance, sinon en cas de nécessité, de maladie ou de prison ».

A côté de la règle, l'article 244 nous fait donc connaître les exceptions qui sont les mêmes que celles apportées à l'irrévocabilité des déclarations d'aînés dans les provinces de l'Anjou, du Maine, du Loudunois et de la Touraine. Il pose également en principe, comme cela a lieu dans ces provinces, que l'insinuation est nécessaire à la validité de la disposition. Bien que le fils auquel le père a promis de garder sa part successorale ait dès lors un droit acquis à cette part, il ne s'ensuit pas pour cela que la propriété soit transférée. Elle demeure au contraire sur la tête du père, de telle sorte que si l'héritier présomptif précède, la promesse devient caduque et ses héritiers ne sont pas appelés à en recueillir le bénéfice. Notons enfin en terminant que la promesse

de conserver la succession pouvait être faite non-seulement en faveur de l'aîné, mais de l'un quelconque des enfants. De même dans les autres provinces, à côté de la reconnaissance d'héritier principal emportant institution contractuelle dans une part d'aîné, se plaçait la reconnaissance d'héritier simple qui équivalait à une institution contractuelle dans une part ordinaire.

§ 2. — *Promesses d'égalité.*

Les promesses d'égalité étaient très fréquentes dans notre ancien droit; elles avaient lieu dans les contrats de mariage et se présentaient sous deux formes principales. Tantôt le père promettait à celui de ses enfants qu'il mariait de lui laisser dans sa succession une part égale à celle de ses frères et sœurs. Dans ce cas-là le père restait libre d'avantager l'enfant à qui la promesse était faite au détriment des autres, ou de donner à ceux-ci des parts inégales, mais il s'interdisait de les avantager au détriment du premier. Tantôt le père s'engageait indistinctement envers tous ses enfants, en déclarant dans le contrat de mariage de l'un d'eux qu'il conserverait à chacun une égale part de succession. Dans ce cas le père ne pouvait en aucune façon avantager l'un quelconque de ses enfants au détriment des autres. Telle est l'opinion générale; cependant Lebrun admet une solution différente: « Que si un père a marié sa fille et lui a promis de l'égaliser avec ses frères et sœurs et de ne rien faire au préjudice des uns ni des autres de ses enfants, cela ne l'empêche pas de disposer derechef et par une seconde donation au profit de la même fille ou de ses descendants, parce qu'encore que cette donation

soit relative, elle n'est véritable institution contractuelle qu'au profit de la fille dans le contrat de mariage de laquelle elle est faite et non des autres enfants qui n'ont point été mariés, et si on la prenait pour une institution à leur égard, ce serait une institution hors contrat de mariage qui ne serait pas valable » (1).

Il est à remarquer que dans tous les cas de promesses d'égalité le promettant conserve pleine et entière liberté de disposer de ses biens à sa fantaisie, à condition toutefois de ne pas enfreindre la promesse qu'il a faite. Il peut donc aliéner à titre onéreux et hypothéquer sans limitation aucune et même faire toutes sortes de donations et de legs aux étrangers.

Une question se pose ici, question assez importante, celle de savoir si un père qui promet l'égalité à l'un de ses puînés doit être supposé avoir voulu déroger au droit d'aînesse. Disons tout de suite que cette question ne mérite, bien entendu, examen que dans les coutumes où le droit d'aînesse peut être anéanti ou restreint ; il en est ainsi, par exemple, dans la coutume d'Artois et celle de Flandre. Eh bien ! on admettait généralement que cette promesse d'égalité n'entraînait pas dérogation au droit d'aînesse. Lebrun donne cette solution pour le cas où le père s'est borné à promettre à l'un de ses enfants sa part héréditaire, et la jurisprudence des Parlements l'étend à celui où il lui a promis une portion égale à celle de ses frères et sœurs. Merlin cite à l'appui de cette thèse trois arrêts du Parlement de Paris en date du 27 novembre 1727, du 30 juillet 1735 et du 3 août 1747. Bien entendu, il en serait différemment si le père avait

(1) *Tr. des success.*, liv. III, chap. II, n° 14.

expressément formulé une volonté contraire, car la précédente solution repose uniquement sur la présomption que le père n'a pas entendu promettre une égalité absolue, mais l'égalité déterminée par le règlement des successions *ab intestat* d'après la coutume.

§ 3. — *Promesses d'institution.*

La simple promesse faite par contrat de mariage d'instituer héritier l'un des conjoints produit-elle le même effet qu'une institution véritable? Sans doute, car cette promesse peut être la cause déterminante du mariage, et décider autrement serait léser gravement les conjoints qui ont dû compter là-dessus pour fonder une famille. La bonne foi exige donc que cette promesse soit irrévocable et produise tous les effets d'une institution pure et simple. C'est en ce sens qu'au témoignage de Maynard s'est décidé mainte et mainte fois le parlement de Toulouse, et Lebrun donne à cette solution l'appui de son autorité (1). Il invoque en ce sens le nom de Dumoulin qui décidait que la simple promesse de vendre vaut vente quelquefois et suffit à produire des droits seigneuriaux (2) et il ajoute : « Mais il y a un exemple dans la matière des renonciations à successions futures qui approche beaucoup plus de notre espèce, car si une fille promet par son contrat de mariage de renoncer aux successions futures de ses père et mère, cette promesse est une véritable renonciation... »

E. de Laurière suppose que celui qui a fait une promesse d'institution dans un contrat de mariage l'a en-

(1) Lebrun, *Traité des successions*, liv. III, chap. II, n° 44.

(2) *Comment. sur l'anc. Cout. de Paris*, note sur l'art. 55.

suite exécutée en faisant son testament et il se demande si l'héritier doit être considéré comme tenant son droit du testament ou du contrat de mariage. Il répond avec raison qu'il le tient du contrat de mariage, car autrement l'institution serait nulle, du moins dans le droit coutumier, puisqu'il est de règle que nul ne peut faire un héritier par testament. Merlin ajoute que la même solution doit être donnée dans les pays de droit écrit, car « l'institution n'étant faite par testament qu'en exécution de la promesse contenue dans le contrat de mariage, c'est à ce dernier acte qu'on doit la rapporter comme à sa source primitive, suivant ce grand principe : *a primordio tituli formatur eventus.* »

SECTION VII

RÔLE DE L'INSTITUTION CONTRACTUELLE DANS LE DROIT COUTUMIER

Dans la section préliminaire de ce chapitre nous avons vu que l'institution contractuelle avait, à la chute de la féodalité, perdu le caractère qu'elle avait dans cet état de choses. Elle ne pouvait plus être dorénavant destinée à assurer la desserte des fiefs ; elle changea donc de nature et devint un des rouages du système aristocratique qui se fonda sur les ruines de la féodalité. Elle prit place à côté des privilèges d'aînesse et de masculinité et des renonciations des filles nobles à la succession de leurs parents, et, complétée par l'usage des substitutions, elle eut pour but d'assurer la perpétuité des grandes familles en facilitant les mariages des nobles. Elle pouvait, il est

vrai servir également à faciliter les unions entre roturiers et nombre de nos anciens auteurs lui donnent pour unique raison d'être la faveur due au mariage en général. Mais là n'est pas la véritable cause de son introduction dans notre droit coutumier. La meilleure preuve en est que seule, ou à peu près, la noblesse en fit usage, du moins dans les provinces du nord de la France. Même nous savons que certaines coutumes étaient très explicites : celle d'Anjou et celle du Maine ne permettaient qu'aux nobles les déclarations et reconnaissances d'aînés et principaux héritiers, seuls modes de l'institution contractuelle qu'elles aient réglementés formellement (1). « La faveur due au mariage en lui-même, dit M. Anouilh, n'est qu'un motif très secondaire, pour ne pas dire faux. Le véritable fondement sur lequel l'institution contractuelle fut admise et devint une coutume générale des pays de droit écrit et des pays coutumiers fut le soutien et l'agrandissement de la noblesse » (2). Comment, s'il en avait été autrement, l'institution contractuelle aurait-elle pu s'introduire dans notre législation coutumière ? Au moment où fut faite la rédaction puis la réformation des coutumes, toutes les intelligences étaient portées vers l'étude des choses de l'ancienne Rome ; nos jurisconsultes, entichés de droit romain, le regardaient comme le Droit véritable, l'expression même de la raison pure et, faisant tous leurs efforts pour y ramener nos usages nationaux, rejetaient comme barbares ceux qui se trouvaient en opposition absolue avec ses principes. Or, tel était le cas de l'insti-

(1) *Cout. d'Anj.*, art. 245 ; *Cout. du Maine*, art. 262.

(2) Anouilh, *De l'instit. contr. dans l'anc. dr. fr.*, p. 45.

tution contractuelle; cette espèce de testament fait par contrat répugnait à la prohibition romaine des stipulations sur successions futures. Nul doute que les légistes ne fussent venus à bout de la faire rejeter si elle n'avait trouvé dans la noblesse de puissants défenseurs. Intéressés à son maintien pour garantir et perpétuer la splendeur de leur famille, les grands seigneurs s'opposèrent à son abolition et parvinrent à la faire maintenir tout au moins dans les contrats de mariage. Encore faut-il remarquer que bien peu de coutumes sanctionnèrent expressément l'usage général des institutions contractuelles. Les auteurs les plus anciens n'hésitent pas d'ailleurs à donner au maintien des institutions contractuelles sa véritable cause. Boerius s'exprime ainsi : « Dicitur hanc consuetudinem habere aliquod motivum æquitatis, scilicet propter favorem et honorem matrimonii, quia sub tali conditione nobiles inveniunt nobiliores per quos nobilitas crescit » (1). De même Lebreton : « En France les hommes et spécialement les nobles, étant nés et élevés dans une florissante monarchie, ils n'ont de tout temps rien désiré davantage que d'accroître la grandeur et l'opulence de leur famille et de conserver, comme à l'immortalité, la mémoire de leur nom. C'est pourquoi, de toute antiquité, ils ont pratiqué l'usage de ces institutions contractuelles... » (2). On trouve les mêmes idées dans Benedictus, Aufrerius, etc.

D'ailleurs tous ces anciens auteurs, et Montesquieu lui-même, s'accordaient à dire que la conservation des biens dans les familles était la condition nécessaire de

(1) *Decisiones burdegalenses* (Lyon, 1603), déc. 155 et 204.

(2) *Décisions de plus. not. quest.*, déc. 3.

la prospérité du royaume qui n'avait pas de plus sûr garant que la grandeur et la puissance de la noblesse. « En France, dit Leprêtre, nous avons restreint la liberté de tester autant qu'il nous a été possible pour conserver le bien aux familles et par ce moyen maintenir la force et la grandeur de l'État » (1). Cl. de Ferrières exprime la même idée dans son commentaire sur la coutume de Paris : « Les Français ayant reconnu que la conservation du royaume dépendait principalement de la grandeur et de la puissance de la noblesse, pour être toujours prête à prendre les armes pour la défense de l'État, ont restreint la faculté de tester à l'effet de conserver les biens dans les familles ». Enfin voici les propres termes de Montesquieu que nous citons tout à l'heure : « Les substitutions qui conservent les biens dans les familles seront très utiles dans le gouvernement monarchique, quoiqu'elles ne conviennent pas dans les autres » (2).

Mais ces idées sont fort contestables : « L'utilité de l'institution contractuelle, assurant l'avenir des mâles à l'exclusion des filles, des aînés à l'exclusion des cadets, pouvait se concevoir jusqu'à un certain point sous l'influence du régime féodal. Alors la force matérielle, unie et incorporée à la propriété territoriale, était le principe de l'état social. Or, la durée et la puissance de l'état social tenait à la solidité et à la perpétuité de sa base. Pour que l'édifice féodal subsistât, il fallait que le fief, élément primordial, molécule intégrante de cet édifice, comme disait M. Guizot, se maintînt lui-même.

(1) *Quest. notabl. de dr.*, 2^e cent., chap. xciv, n° 8.

(2) *Esprits des lois*, liv. V, chap. ix.

Il était de toute nécessité que le fief fût desservi. Dans ces circonstances, l'institution contractuelle s'offrait comme un mode certain de mettre la desserte des fiefs à l'abri de toute vicissitude, et puisque l'âge et le sexe étaient des conditions importantes; il était tout simple qu'ils fussent pris en considération et déterminassent une préférence... Mais quand la féodalité disparut, le caractère de privilège et d'exclusion de l'institution contractuelle avait fait son temps; il aurait dû s'effacer avec le gouvernement féodal pur. Il n'en fut pas ainsi : la nécessité féodale fut remplacée par la vanité et l'ambition domestiques, principes étroits et exclusifs de leur nature : *nobiles inveniunt nobiliores per quos nobilitas crescit* » (1).

Encore peut-on justifier ce besoin de concentrer les richesses entre les mains des aînés des grandes familles tant que celles-ci supportèrent seules le fardeau des charges militaires, car la guerre ne coûtait pas seulement du sang, mais aussi de l'or. Il fallait être riche pour armer, équiper et nourrir les soldats que chaque seigneur devait amener à son suzerain. Mais bientôt les armées se recrutèrent presque exclusivement parmi les mercenaires, et dès lors il ne fut plus possible de voir dans les institutions et substitutions contractuelles qu'un système suranné, contraire à la saine morale et aux principes du droit naturel. L'amour paternel, étouffé par l'orgueil du nom fit dépouiller les cadets et les filles; celles-ci furent enfermées dans les couvents ou mariées avec une faible dot mobilière qui leur interdisait toute revendication du domaine des ancêtres, ceux-là durent

(1) Anonilh, *loc. cit.*, chap. vii, p. 47.

se vouer à l'état ecclésiastique ou implorer du roi une pension qui les empêchât de mourir de faim. La cour fut encombrée de la foule de ces parasites, solliciteurs infatigables d'emplois créés pour eux et d'ailleurs parfaitement inutiles, abbés scandaleux dépensant à Versailles les riches revenus de monastères qu'ils n'avaient même jamais visités. Les aînés eux-mêmes ne recueillirent de ce système de dévolution des biens qu'un bénéfice illusoire. Par suite des entraves apportées à la libre circulation des biens, ils étaient obligés de recourir à des emprunts ; mais qui donc aurait voulu leur prêter sur la garantie factice de biens substitués pour plusieurs générations ? Obligés cependant de mener grand train, ils se trouvaient bien vite acculés à la déconfiture.

Aussi les hommes les plus indépendants s'élevaient-ils contre un système aussi désastreux. Parlant des limitations apportées au droit de substituer, G. Coquille dit que cela « a été ordonné avec grandes raisons... afin que les hommes ne se parforçassent tant à éterniser leurs maisons, que Dieu aussi bien ne laisse pas de ruiner quand les biens sont mal acquis ; c'est proprement bénéfice de Dieu la durée des maisons, plutôt que la prudence des hommes... » (1). D'Aguesseau écrivait en 1730 au premier président du parlement d'Aix : « L'abrogation entière de tous les fidéicommissaires serait peut-être, comme vous le pensez, la meilleure de toutes les lois ; il pourrait y avoir des moyens plus simples pour conserver dans les grandes maisons ce qui suffirait à en soutenir l'éclat. » D'ailleurs, au point de vue économique, l'accumulation trop considérable des biens entre

(1) *Comment. sur la Cout. de Nivern.*, chap. xxxiii, art. 10.

les mêmes mains eut des résultats funestes pour l'agriculture et le crédit public. La première souffrit énormément d'un régime qui ôtait au cultivateur à peu près tout intérêt à améliorer la terre puisqu'il n'en pouvait espérer devenir propriétaire, tandis que d'un autre côté le propriétaire, abandonnant ses terres pour aller vivre à Versailles, se désintéressait entièrement de la culture. Quant au crédit public, il fut bien vite ruiné par un système qui, condamnant une partie considérable de la richesse à l'immobilité formait un obstacle invincible à la prospérité du commerce et à la sécurité des transactions.

CHAPITRE IV

L'institution contractuelle pendant la période révolutionnaire.

I. Il est bien évident que l'institution contractuelle devait subir le contre-coup de la Révolution de 1789. Ce qui avait fait sa force dans l'ancien état de choses devint, dans le nouveau, la cause de sa ruine. Comment les législateurs de l'époque révolutionnaire auraient-ils pu laisser indemne cette institution dont le but avoué et presque l'unique raison d'être, sous l'ancien régime, était de perpétuer les grandes familles et de maintenir l'aristocratie terrienne ! Elle croula donc avec cet ensemble de mesures que la féodalité avait transmises à la France monarchique et qui étaient devenues incompatibles avec l'ordre nouveau ; substitutions, droits d'ainesse et de masculinité et convenances de succéder sombrèrent les unes après les autres.

Frappés comme toujours de la crainte d'un retour possible aux choses du passé, les hommes de cette époque ne se bornèrent point en la matière à apporter des modifications, ils bouleversèrent de fond en comble et supprimèrent complètement. Le premier signe avant-coureur de la destruction prochaine fut pour l'institution con-

tractuelle les lois du 4 au 11 août 1799 portant abolition du régime féodal ; puis le décret du 15 mars 1790 sur l'abolition des droits féodaux, par son article 11, supprima les droits d'aînesse et de masculinité et tous partages inégaux entre les personnes dans les anciens fiefs. C'était déjà là un coup porté à l'institution contractuelle, puisque les déclarations ou reconnaissances d'aînés et principaux héritiers se trouvaient défendues par là même. Nous ne parlerons pas du décret du 19 juin 1790, abolissant la noblesse héréditaire, ni de celui du 19 juillet de la même année, supprimant le retrait lignager, qui sont deux nouveaux coups de pioche à l'ancien édifice, mais ne se rapportent pas directement à notre sujet. Mais nous devons signaler le décret du 8 avril 1791. Le décret du 15 mars de l'année précédente n'avait aboli que les inégalités dans les successions féodales et la même mesure était vivement réclamée pour celles qui subsistaient dans les successions roturières ; le 21 novembre suivant, Merlin présenta un rapport dans ce sens (1) ; mais ce ne fut que le 3 mars de l'année suivante que l'assemblée vota en principe la suppression de toutes les inégalités dans les successions *ab intestat*. Ce vote fut suivi bientôt du décret du 8 avril.

Ce décret effaçait les dernières traces des droits d'aînesse, de masculinité et autres, avec leurs privilèges. L'article 1^{er} porte : « Toute inégalité ci-devant résultant entre héritiers *ab intestat* des qualités d'aînés et de puînés, de la distinction des sexes ou des exclusions coutumières, soit en ligne directe, soit en ligne collatérale, est abolie. Tous héritiers en égal degré succéderont par

(1) *Gazette nationale*, ann. 1790, n^{os} 326 et 327.

portions égales aux biens qui leur seront déferés par la loi. » L'article 2 ajoute que la représentation aura lieu à l'infini en ligne directe ascendante, dans toutes les coutumes. Cependant cette loi n'avait pas d'effet rétroactif et l'article 4 spécifiait que ses dispositions auraient leur effet dans les successions qui s'ouvriraient dorénavant, mais « sans préjudice des institutions contractuelles ou autres qui ont été légitimement stipulées, soit par contrat de mariage, soit par articles de mariage dans les pays où ils avaient force de contrats, lesquelles seront exécutées conformément aux anciennes lois ».

Cependant l'institution contractuelle proprement dite restait permise dans les limites de la quotité disponible fixée par les coutumes; mais ce n'était pas pour longtemps. Déjà Mirabeau et plusieurs des membres influents de la Constituante avaient demandé l'égalité parfaite dans les successions testamentaires, comme dans les successions *ab intestat*; le 3 avril 1791, Talleyrand vint lire à la tribune un grand discours sur les successions que le fameux tribun lui avait confié en mourant. Voici quelle en était la conclusion : « Je demande : 1° que l'ordre et le partage des successions en ligne ascendante et descendante soient fixés par la loi; qu'il soit assuré aux héritiers dans cette ligne les neuf dixièmes de la masse des biens de celui auquel ils succéderont et qu'en conséquence l'usage des donations entre-vifs, institutions contractuelles, dispositions testamentaires sans charge de rapport, et généralement toute autre disposition tendant à déranger l'ordre des successions et à rompre l'égalité dans les partages soient prohibés aux ascendants envers leurs descendants et respectivement jusqu'à concurrence de la dixième partie en

faveur des personnes étrangères à la ligne ; 2° que les substitutions, majorats et fidéicommiss soient à l'avenir prohibés entre toutes personnes, et qu'à l'égard des substitutions qui ont commencé d'avoir leur exécution et sous la foi desquelles il a été contracté des alliances, elles ne conservent d'effet que dans un degré et par une seule mutation, toute extension au delà d'un degré étant révoquée et abolie ». L'assemblée vota néanmoins l'ajournement le 8 avril, afin, dirent les orateurs, que l'opinion publique ait le temps de s'éclairer et de voir la sagesse du projet de loi nouveau (1).

Pour ce qui est des substitutions, la mesure ne se fit pas attendre ; le 17 mai, Condorcet avait présenté un rapport concluant à leur abolition ; le 25 août, cette abolition fut décidée en principe et le comité de législation chargé de rédiger un projet de loi : il fut déposé sur le bureau de l'Assemblée le 25 octobre et voté le 14 novembre suivant (2). Cette loi porte, art. 1^{er} : « Toutes substitutions sont interdites et prohibées à l'avenir » ; art. 2 : « Les substitutions faites avant la publication du présent décret par quelques actes que ce soit qui ne seront pas ouvertes à l'époque de cette publication sont et demeurent abolies et sans effet » ; art. 3 : « Les substitutions ouvertes lors de la publication du présent décret n'auront d'effet qu'en faveur de ceux seulement qui auront alors recueilli les biens substitués ou le droit de les réclamer ». Nouvelle atteinte à l'institution contractuelle intimement liée avec les substitutions. Dorénavant l'institution ne pourra s'étendre à plus d'un degré.

(1) *Gaz. nat.*, ann. 1791, n° 99.

(2) *Gaz. nat.*, ann. 1791, n° 76 ; ann. 1792, nos 240, 301 et 321.

Mais ce n'étaient là que les préludes de mesures plus radicales ; dans la même séance du 14 novembre, Lanjuinais réclame à nouveau pour tous le partage égal des successions et, sur la demande de Cambacérès, sa proposition est renvoyée au comité de législation. Le 7 mars 1793, un membre de la Convention propose d'annuler tous les testaments faits en haine de la Révolution ; Mailhe et Gensonné reconnaissent la nécessité de parer à ce danger, mais demandent une mesure plus générale ; en conséquence, la Convention nationale décrète en principe que la faculté de disposer à titre gratuit, soit entre-vifs, soit à cause de mort, soit par donation contractuelle en ligne directe est abolie et charge son comité de législation de préparer un projet de loi en ce sens (1). Au nom de ce comité, Cambacérès fait adopter le 5 brumaire an II une loi établissant l'égalité des partages. L'article 8 porte : « Les enfants et descendants ne pourront prendre part aux successions de leurs père, mère ou autres ascendants sans rapporter les donations qui leur ont été faites par ceux-ci antérieurement au 14 juillet 1789... » Et l'article 9 : « Les successions des père, mère ou autres ascendants et des parents collatéraux, ouvertes depuis le 14 juillet 1789 et qui s'ouvriront à l'avenir seront partagées également entre les enfants, descendants ou héritiers en ligne collatérale, nonobstant toutes lois, coutumes, usages, donations, testaments et partages déjà faits. En conséquence, les enfants, descendants et héritiers en ligne collatérale ne pourront, même en renonçant à ces successions, se dispenser de rapporter ce qu'ils auront eu à titre gratuit par l'effet des

(1) *Gaz. nat.*, ann. 1793, n^{os} 68 et 69.

donations que leur auront faites leurs ascendants ou leurs parents collatéraux postérieurement au 14 juillet 1789 ». Cependant on exceptait les dispositions faites par contrat de mariage en ligne collatérale et on permettait dans tous les cas de disposer du dixième de ses biens si on avait des héritiers en ligne directe, et du sixième, si on n'en avait qu'en ligne collatérale, mais seulement en faveur des personnes non appelées à la succession (1).

Le 5 frimaire, Cambon fit décréter que cette loi ne s'appliquerait pas : 1° aux legs faits depuis 1789 par des maîtres à leurs anciens domestiques ; 2° aux donations et testaments qui seraient faits par la suite en faveur des sans-culottes indigents et des citoyens dont la fortune serait moindre de 10.000 livres. D'autres modifications furent encore apportées, si bien que devant l'incohérence de cette législation, la Convention sentit le besoin de procéder à une œuvre de révision et de fondre ensemble toutes ces lois disparates.

Ce fut la loi du 17 nivôse an II qui fut destinée à former ce code homogène sur les successions. Inutile d'ajouter qu'elle s'inspirait des principes de l'égalité la plus absolue. L'article 1 porte que « les donations entre vifs faites depuis et compris le 14 juillet 1789 sont nulles. Toutes celles au même titre légalement faites antérieurement sont maintenues ». Les institutions contractuelles sont traitées encore plus sévèrement : « Les institutions contractuelles et toutes dispositions à cause de mort dont l'auteur est encore vivant ou n'est décédé que le 14 juillet 1789 ou depuis sont nulles, quand même elles auraient été faites antérieurement ». En

(1) *Gaz. nat.*, n° 137.

bonne logique les institutions contractuelles auraient dû être déclarées intangibles ou non, en tenant compte uniquement, comme pour les donations entre-vifs, du jour où elles avaient été faites et non du jour de la mort de l'instituant. En effet, nous savons qu'à la différence des dispositions à cause de mort elles créent au profit de l'institué un droit actuel et irrévocable, prenant date au jour où elles sont consenties. Mais les législateurs de la Convention pensèrent sans doute que ces institutions étaient trop contraires au nouvel état de choses et qu'il importait au plus vite d'en effacer la trace. C'est cette considération qui a inspiré la solution de l'article premier de la loi du 17 nivôse an II confirmé et précisé par l'article second : « Les dispositions contractuelles antérieures au 14 juillet 1789 qui renferment en même temps des libéralités entre-vifs et irrévocables, sous quelque dénomination qu'elles aient été conférées, et une institution dans les biens à venir n'auront leur effet que pour le don entre-vifs et non pour les biens résultant de l'institution si l'instituant vit encore ou n'est mort que le 14 juillet 1789 ou depuis ».

De la loi de nivôse il résulte naturellement que les instituteurs encore vivants à cette époque reprirent immédiatement le droit d'absolue disposition sur les biens qui faisaient partie de l'institution. Il est vrai que ce droit était réduit à peu de chose, puisque la loi de nivôse, reproduisant l'article 11 de la loi de brumaire, ne permettait de disposer par donation entre-vifs ou testamentaire que du dixième des biens quand on avait des héritiers en ligne directe et du sixième quand on n'en avait qu'en ligne collatérale et qu'elle ne permettait en outre de donner cette quotité qu'à des étrangers ! Mais

la loi va plus loin ; craignant que la volonté des particuliers ne mît la réforme en échec et ne vînt apporter une entrave à l'égalité absolue des partages qu'elle avait pour but de réaliser, elle déclare en son article 11, qui n'est d'ailleurs que la reproduction de l'article 14 de la loi de brumaire : « Le mariage d'un des héritiers présomptifs, soit en ligne directe, soit en ligne collatérale, ni les dispositions contractuelles faites en les mariant, ne pourront lui être opposés pour l'exclure du partage égal, à la charge par lui de rapporter ce qui lui aura été donné ou payé lors de son mariage ». Et la Cour de Cassation a jugé le 11 nivôse an IX que cette disposition prohibait tout traité fait entre les successibles sur la succession d'une personne vivante, et cela, même au cas où la personne en cause aurait donné son consentement. D'ailleurs ces principes sont passés dans notre code civil. Notons cependant que l'article 14 de la loi apportait quelques adoucissements à la rigueur de l'effet rétroactif établi par l'article premier : « Les donations et dispositions faites par contrat de mariage au profit des conjoints depuis le 14 juillet 1789 et avant la promulgation de la loi du 5 brumaire dernier par tous citoyens parents ou non parents des époux, pourvu que les donateurs fussent sans enfants, sont aussi exceptés de la nullité prononcée par l'article premier de la présente loi. Néanmoins et dans le cas où le donataire serait successible et prendrait part à la succession du donateur, il ne le pourra qu'en rapportant lesdites donations à la masse ».

II. D'une manière générale, la loi établissait que toutes les contestations qui pourraient s'élever sur son exécution seraient jugées par les arbitres. Ces contesta-

tions furent sans nombre et les dispositions exorbitantes de la loi soulevèrent des réclamations unanimes, principalement à cause des mesures rétroactives. D'ailleurs la genèse de cette loi fournit de son incohérence une facile explication. Voici ce qu'en disait Berlier à la Convention nationale quelques mois après : « Sans doute on tendait au bien et on l'a opéré ; mais on se rappelle que la loi n'avait pas été préparée dans le silence du cabinet et que *seize* propositions, toutes émanées de points divers et improvisément lancées dans cette Assemblée formèrent les éléments du décret du 5 brumaire qui, promulgué aussitôt, mais rempli de lacunes ne put recevoir l'exécution qu'en attendaient les législateurs. De nombreuses réclamations arrivèrent de toutes parts et le renvoi qui en fut fait au comité de législation donna naissance à la loi du 17 nivôse, moins imparfaite sans doute que celle du 5 brumaire, mais loin encore d'être complète » (1). Voici également ce qu'en disait Merlin de Douai le 5 floréal an III : « Cambacérès et moi soumettions alors à votre discussion le projet de code civil, les articles relatifs aux successions avaient déjà été décrétés. Fabre d'Églantine demanda par article additionnel que celui qui ordonnait l'égalité des partages pour l'avenir eût son exécution à compter du 14 juillet 1789. Cambacérès et moi combattîmes vivement cette proposition ; elle fut vivement soutenue par Cambon et par Barère... La proposition de Fabre d'Églantine fut adoptée. On chargea le comité de législation d'en faire la rédaction. Nous la présentâmes contre notre gré ; Thuriot la trouva mauvaise et je conviens que nous

(1) *Gaz. nation.*, 11 fruct. an II.

avions tout fait pour qu'elle n'ordonnât pas l'effet rétroactif qu'on avait demandé. Thuriot fit une autre rédaction qu'on appella la loi du 5 brumaire : elle était si mauvaise qu'on ordonna au comité de législation d'en faire une nouvelle. Aucun de nous ne voulut la faire ; nous usâmes d'adresse pour en charger notre collègue Berlier qui, revenant de mission, n'était pas instruit de tous les débats auxquels elle avait donné lieu... La rédaction que nous avions présentée maintenant les institutions contractuelles, mais Couthon parla pour que tout fût rejeté » (1).

Aussi ne doit-on pas s'étonner que cette législation ait rencontré des difficultés d'exécution inouïes. Nous en trouvons déjà l'écho dans le rapport que Berlier lut au nom du comité de législation à la séance de la Convention du 22 ventôse an II, environ deux mois après le vote de la loi ! Sur la proposition de ce représentant, la Convention décréta, pour mettre un terme aux contestations, que toute action tendant à déposséder un tiers déchu d'après la loi de nivôse ne serait recevable que dans le délai d'un an. Elle prit encore d'autres mesures mais toutes furent insuffisantes et le 9 fructidor le même Berlier vint à nouveau déposer des propositions additionnelles à la loi de nivôse ; on se plaignait surtout de la lenteur des jugements et de la partialité des arbitres ; aussi le décret rendu sur la proposition de Berlier visait-il principalement à rendre l'exécution de la loi plus facile en donnant aux procès une marche plus rapide et plus sûre (2). Cependant les réclamations continuèrent

(1) *Gaz. nat.*, 9 flor. an III.

(2) *Gaz. nat.*, 11 fruct. an II.

à affluer. Le 30 pluviôse an III, un citoyen admis à la barre de l'Assemblée vint demander le rapport de la disposition qui donnait à la loi de nivôse un effet rétroactif jusqu'au 14 juillet 1789, mais on passa à l'ordre du jour, car certains des membres de la Convention craignaient en appuyant cette motion de passer pour contre-révolutionnaires et les autres avaient peur de susciter de nouveaux procès en sens inverse (1). Le 11 germinal, une pétition dans le même sens fut apportée à la tribune et le conventionnel Saint-Martin déclara à ce sujet qu'il en parvenait tous les jours au comité de législation; Berlier demanda le renvoi au comité, mais cette fois encore la Convention passa purement et simplement à l'ordre du jour (2). Enfin le 5 floréal an III, une délégation de citoyens vint de nouveau protester contre l'effet rétroactif de la loi de nivôse. Cette réclamation devait avoir plus de succès que les précédentes. Après une vive discussion et sur l'intervention de Merlin de Douai, la Convention en renvoya l'examen au comité de législation et, sur la proposition de Tallien, décréta la suspension provisoire de toutes les procédures intentées par suite de l'effet rétroactif en question (3). Pour encourager la Convention à persévérer dans cette voie, plus de 200 communes du Jura envoyèrent une députation qui fut admise le 20 floréal devant l'Assemblée; il y fut fait lecture d'une adresse où l'on disait aux représentants : « Anéantissez l'effet rétroactif de votre loi avec courage, anéantissez-le tout entier. Si vous ne détruisez l'effet rétroactif que pour

(1) *Gaz. nat.*, 3 vent. an III.

(2) *Gaz. nat.*, 13 germ. an III.

(3) *Gaz. nat.*, 9 flor. an III.

ceux qui n'ont pas encore exécuté votre loi et que vous le laissiez subsister pour ceux qui en ont observé les dispositions malgré leur rigueur, il s'ensuivrait que ceux qui se sont soumis seraient punis de leur obéissance et que ceux qui auraient refusé d'obéir seraient récompensés. Révoquez une loi funeste, faites revivre l'ordre au sein des familles et rappelez-y l'esprit de paix qu'on en a banni » (1). Cette pétition fut encore renvoyée au comité de législation. Cependant le 28 floréal une pétition en sens contraire fut présentée par les citoyens de Pont-Audemer. Les pétitionnaires invoquaient le droit romain et s'appuyaient sur Domat pour soutenir que « le prétendu effet rétroactif » de la loi de nivôse devait être maintenu : « Cette loi, disaient-ils, n'est point allée aussi loin qu'elle le pouvait ou peut-être même qu'elle le devait... elle devait servir de règle pour le passé, parce qu'elle rappelait l'égalité naturelle ». Ils ajoutaient que les cadets n'avaient eu qu'une année du 23 ventôse an II au 23 ventôse an III, pour exercer les droits que leur attribuait la loi de nivôse, que tous les procès avaient été engagés dans cet intervalle et que maintenant les trois quarts étaient terminés par des jugements ou des transactions; par conséquent le rapport de la loi de nivôse ne ferait que jeter un trouble nouveau et « produirait un effet rétroactif que la première n'avait pas et que ce serait ici, par un renversement de tout ordre, les cadets et tous les rappelés qui se dépouilleraient au profit des aînés » (2).

Mais cette pétition resta isolée dans son sens ; au con-

(1) *Gaz. nat.*, 23 flor. an III.

(2) *Gaz. nat.*, 1^{er} prair. an III.

traire les pétitions en faveur de l'abrogation de l'effet rétroactif se produisirent de plus en plus nombreuses, si bien que le 14 thermidor an III, Lanjuinais fit, au nom du comité de législation, un rapport sur la loi de nivôse dans lequel, tout en approuvant pour l'avenir le principe de l'égalité des partages, il s'éleva contre son effet rétroactif au nom de la Déclaration des droits qui le prohibe formellement. Sans s'arrêter à l'objection du trouble apporté par un remaniement nouveau de la législation, il demande au nom de l'équité le rapport de l'effet rétroactif de la loi, montrant l'utilité de cette mesure « dans la position d'une multitude de citoyens qui, sans retour sur la succession de leur père parce qu'il est mort dans les premiers mois de 1789, ont été obligés de rapporter d'après la loi du 17 nivôse les successions collatérales qui leur avaient été laissées en dédommagement et en compensation, dans la faveur due à tant de mariages faits sous la foi des institutions que la loi autorisait. » Le représentant Villotard demanda au contraire le maintien intégral de la loi de nivôse, parce que, dit-il, les journées du 14 juillet et du 10 août ayant vu les droits de l'homme proclamés et l'égalité établie, toute l'ancienne législation fondée sur des principes opposés a été par là même abolie; donc « les lois du 5 brumaire et 17 nivôse n'ont dérogé à aucune loi; elles n'ont pas davantage prescrit d'autres principes; elle n'ont fait autre chose que de réprouver l'observation illicite des statuts abrogés, réprimer les infractions à une loi existante, rappeler les rebelles à l'obéissance et les parjures à leurs serments » (1). La discussion reprit le 8 fructidor;

(1) *Gaz nat.*, 20 therm. an III.

après que Lanjuinais eut réfuté l'argumentation de Vilotard, Pérès, représentant de la Haute-Garonne, intervint pour demander qu'on abrogeât également les articles de la loi de nivôse interdisant la libre disposition des biens même à ceux qui n'ont pas d'héritiers en ligne directe. Un grand nombre d'orateurs prirent encore la parole et la discussion fut des plus vives; finalement les partisans de l'abrogation l'emportèrent; le 9 fructidor an III, la Convention décréta : « Les lois du 5 brumaire et 17 nivôse an II de la République concernant les divers modes de transmission des biens dans les familles n'auront d'effet qu'à compter des époques de leur promulgation » (1).

Pour l'exécution de cette mesure, Lanjuinais présenta un nouveau décret qui fut voté le 3 vendémiaire an IV. L'article 1^{er} porte : « Les droits acquis de bonne foi soit à des tiers possesseurs, soit à des créanciers hypothécaires ou autres ayant une date certaine postérieure à la promulgation desdites lois du 5 brumaire et du 17 nivôse an II, mais antérieure à la promulgation de la loi du 5 floréal dernier sur les biens compris dans les dispositions rapportées par la loi du 9 fructidor dernier leur sont conservés, sauf le recours des héritiers rétablis vers les personnes déchues ». — Article 2 : « Dans les nouveaux partages, liquidations, rapports et restitutions qui auront lieu en exécution de la présente loi, il ne sera point fait raison des fruits et intérêts perçus avant la publication de ladite loi du 5 floréal ». — Article 3 : « Les personnes rappelées et rétablies dans leurs droits par la présente loi seront tenues de recevoir les biens en l'état

(1) *Gaz. nat.*, 13 fruct. an III.

où ils se trouveront, sauf l'action pour abattis de bois futaie » (1).

Le 24 vendémiaire an V, Larivière propose au Conseil des Cinq-Cents, avec l'appui de Cambacérès, une loi ayant pour but de faire cesser certaines difficultés créées par les modifications incessantes de la législation révolutionnaire ; la discussion continuée le 23 vendémiaire fut interrompue, puis reprise le 17 brumaire. Elle aboutit à un projet de loi voté le 23 brumaire dont voici les dispositions ayant rapport à notre matière (2). L'article 1^{er} porte : « Les avantages, prélèvements, préciputs, donations entre-vifs, institutions contractuelles et autres dispositions irrévocables de leur nature légitimement stipulées en ligne directe avant la publication de la loi du 7 mars 1793 et en ligne collatérale ou entre individus non parents antérieurement à la publication de la loi du 3 brumaire an II, auront leur plein et entier effet, conformément aux anciennes lois, tant sur les successions ouvertes jusqu'à ce jour que sur celles qui s'ouvriront à l'avenir ». L'article 2 ajoute : « Les réserves faites par les donateurs ou auteurs d'institutions contractuelles qui n'en auront pas valablement disposé feront partie de la succession *ab intestat* et seront partagées également entre tous les héritiers autres que les donataires ou les institués, sans imputation sur les légitimes ou portions de légitimes dont les héritiers ou donataires auront été grevés... ». Ce projet de loi fut porté aux Anciens et vint en discussion les 10, 13, 15 et 18

(1) *Gaz. nat.*, 7 vendém. an IV.

(2) *Gaz. nat.* des 25 et 29 vendém., — des 22, 26 et 27 brum. an V.

pluviôse an V. Il fut adopté dans cette dernière séance (1).

Cependant pour l'avenir le droit commun des dispositions à titre gratuit restait contenu dans la loi du 17 nivôse an II, c'est-à-dire que l'institution contractuelle était toujours impossible. Le Directoire tomba sans que rien eût été modifié aux principes révolutionnaires sur le régime successoral. Le coup d'État du 18 brumaire vint changer la face des choses; le nouveau gouvernement, imbu d'idées moins jacobines, s'efforça de suite de doter le pays d'une législation libérale. Dès le 18 ventôse an VIII, le gouvernement présentait au Tribunat un projet de loi tendant à modifier la réglementation des donations et testaments. Le Tribunat ordonna qu'il serait fait un rapport sur ce projet et en chargea le tribun Duveyrier. Celui-ci présenta son rapport dix jours après; il concluait en demandant au Tribunat de remanier la loi du 17 nivôse dans le sens libéral du projet. Ce rapport souleva une vive opposition de la part d'un certain nombre des membres de l'assemblée; le tribun Andrieux le combattit au nom des principes d'égalité consacrés par la Révolution. La discussion continua les jours suivants et ce ne fut que le 2 germinal, et après un grand nombre de discours dans un sens et dans l'autre, que le Tribunat adopta le projet. Il chargea trois de ses membres : Duveyrier, Jard-Panvilliers et Curée, de le porter au Corps législatif. Cette Assemblée entendit d'abord un résumé des débats qui avaient eu lieu au sein du Tribunat. Ce résumé fut fait par Boulay de la Meurthe qui, au nom du gouvernement, prononça ensuite un discours

(1) *Gaz. nat.*, nos des 14, 16, 18 et 21 pluv. an V.

pour exposer les motifs du projet de loi et en demander l'adoption. Jard-Panvilliers parla dans le même sens au nom du Tribunat; enfin, après une intervention de Regnault de Saint-Jean-d'Angély, on passa au vote et le projet fut adopté le 4 germinal (1).

Voici quelles étaient les dispositions essentielles de ce projet : la quotité disponible était portée au quart des biens du disposant s'il laissait moins de quatre enfants, au cinquième s'il en laissait quatre, au sixième s'il en laissait cinq, et ainsi de suite; à la moitié s'il laissait des ascendants, des frères et sœurs ou des descendants de frères et sœurs; aux trois quarts s'il laissait des oncles, tantes, cousins ou cousines germains ou descendants de cousins ou cousines. A défaut de parents dans ces degrés, on pouvait disposer de la totalité de sa fortune. De plus, les libéralités permises pouvaient être faites aux enfants eux-mêmes ou autres successibles.

Faut-il admettre que les institutions contractuelles se trouvaient rétablies par cette loi? On pourrait le croire, étant donné qu'elle ne fait aucune distinction entre les différentes espèces de donations entre-vifs ou testamentaires et permet d'une façon générale de donner, dans les limites de la quotité disponible qu'elle établit, même aux enfants ou descendants du disposant ou à ses autres successibles. Cependant la solution contraire doit être préférée. En effet, la loi du 17 nivôse an II a supprimé la faculté de disposer à titre universel; il est vrai qu'elle n'a pas là-dessus de disposition formelle, par exemple elle ne dit pas expressément qu'on ne pourra plus faire d'institutions contractuelles, mais elle annule pour le

(1) *Gaz. nat.* des 11 et 12 germ. an VIII.

passé celles qui ont été faites postérieurement au 14 juillet 1789; elle annule même celles qui ont été faites auparavant si leur auteur est encore vivant ou s'il n'est mort que depuis le 14 juillet 1789. Or il est bien évident qu'on ne saurait prêter au législateur l'intention ridicule d'autoriser pour l'avenir des dispositions qu'il proscriit avec tant de rigueur jusque dans le passé. D'ailleurs, aux termes d'un arrêt de la Cour de cassation du 19 août 1819, « l'intention du législateur sur la prohibition pour l'avenir de semblables dispositions universelles entre-vifs est démontrée encore soit par l'article 9 qui admet le partage égal des successions entre tous les héritiers présomptifs, soit par l'article 16 qui ne permet de disposer pour l'avenir que du dixième ou du sixième, soit par l'article 17 qui n'autorise la retenue du dixième ou du sixième que sur les anciennes dispositions, soit enfin par l'article 34 qui ne maintient que les legs à titre particulier... » Si nous passons maintenant à l'examen de la loi de germinal, nous voyons du premier coup qu'elle s'est bornée à augmenter la quotité disponible; elle n'a pas abrogé les lois antérieures relativement à la prohibition de disposer à titre universel, et une telle disposition reste après comme avant, nulle pour le tout. C'est d'ailleurs l'avis exprimé par Chabot (de l'Allier) dans le rapport qu'il fit au Tribunat sur le chapitre du code civil ayant trait aux successions.

Bien plus, quand bien même la loi du 8 germinal aurait, d'une façon générale, permis de disposer à titre universel, soit par donations entre-vifs, soit par testament, on n'en saurait conclure au rétablissement des institutions contractuelles, car elles forment une classe de dispositions tout à fait à part. Pour les admettre à

nouveau après l'abolition formelle de la loi de nivôse, il faudrait une disposition formelle en sens contraire. Lorsque les législateurs du code ont voulu les rétablir, ils ont dû les réglementer spécialement, bien qu'ils ne leur aient pas conservé leur ancienne dénomination. C'est qu'en effet, l'institution contractuelle n'est pas une simple donation de biens à venir, autrement les biens qui en font partie devraient appartenir au donataire au fur et à mesure de leur acquisition par le donateur ; c'est une donation éventuelle, une donation dans laquelle la propriété des biens ne passe au donataire qu'à la mort du disposant. Or, une pareille donation n'aurait pu être stipulée sous le régime de la loi de germinal, car elle eût choqué le principe admis par l'ancien droit et non révoqué par la révolution qui veut que toute donation entre-vifs soit actuelle et emporte avec elle transmission immédiate de la propriété. Les tribunaux ont constamment décidé en ce sens, déclarant nulle toute institution contractuelle faite sous l'empire des lois de nivôse et de germinal, même au cas où l'instituant ne serait décédé que postérieurement à la promulgation du droit civil (1).

(1) V. en ce sens *Journal du Palais*, Limoges, 19 août 1819; Pau, 20 août 1824; Cassation, 1^{er} juin 1820. — V. égal. Merlin, *Addit. au Répert. de Jurispr.* : Instit. contr., p. 489, § 1; Ledru-Rollin, *Répert. gén. du Journ. du Pal.* : Donat. par contr. de mar., chap. III, sect. 1, n° 136 et suiv.

CHAPITRE V

L'institution contractuelle sous le code civil

SECTION PRÉLIMINAIRE

L'INSTITUTION CONTRACTUELLE DANS LES TRAVAUX PRÉPARATOIRES

I. Le 24 thermidor an VIII, Bonaparte avait institué une commission composée de Tronchet, président du Tribunal de Cassation, Bigot-Préameneu, commissaire du gouverneur près ce Tribunal et Portalis, commissaire au Conseil des prises, auxquels était adjoint, en qualité de secrétaire rédacteur, Malleville, membre du Tribunal de Cassation. Elle avait pour mission de préparer un nouveau projet de code civil : c'était le cinquième en l'espace de neuf années ! Mais, grâce à l'énergique impulsion du Premier Consul, celui-ci du moins devait aboutir. La rédaction fut faite en quatre mois et l'impression était terminée le 1^{er} pluviôse an IX.

Bien que rompant avec les principes d'égalité jacobine en honneur pendant la période révolutionnaire, ce projet du gouvernement n'osait revenir trop ouvertement à des institutions qui rappelaient le souvenir des

pires abus de l'ancien régime. Aussi chercherions-nous en vain dans le projet de code civil, pas plus d'ailleurs que dans la rédaction définitive, les expressions *convenances de succéder*, *institutions contractuelles* et autres similaires. Mais si les termes font défaut, la chose ne s'y trouve pas moins. L'article 147, livre III, titre 9, chapitre VII, porte en effet : « Père et mère, ascendants, parents collatéraux des époux et même étrangers peuvent, par contrat de mariage, donner tout ou partie des biens qu'ils laisseront au jour de leur décès, tant au profit desdits époux qu'au profit des enfants à naître de leur mariage dans le cas où l'époux donataire ne survivrait pas au donateur. Pareille donation quoique faite au profit des époux ou de l'un d'eux et toujours présumée faite au profit des enfants et descendants à naître du mariage, si le contraire n'a pas été exprimé dans la donation (1). Elle est sujette à la formalité de l'acceptation. Il suffit qu'elle soit faite par l'époux donataire pour profiter aux enfants du mariage. » L'article 148 ajoute : « La donation, dans la forme portée au précédent article, est irrévocable, en ce sens seulement que le donateur ne peut plus disposer à titre gratuit des objets compris dans la donation, si ce n'est pour sommes modiques, à titre de récompense ou autrement. Le donateur conserve jusqu'à la mort la liberté de vendre et hypothéquer, à moins qu'il ne se la soit formellement interdite en tout ou en partie » (2).

Il ne peut plus être question dans le nouvel état de choses de maintenir les grandes fortunes et la splen-

(1) Il n'y a là rien moins qu'une substitution tacite.

(2) Fenet, *Travaux préparat. du code*. Paris, 1827, t. II, p. 298.

deur du nom dans les familles nobles ; aussi les déclarations et reconnaissances d'aînés et principaux héritiers ont-elles disparu complètement. Mais il est bon de favoriser les mariages et c'est la raison d'être du rétablissement en nos codes de l'institution contractuelle. « Toute loi, disait Bigot-Préameneu dans l'exposé des motifs du titre *des Donations et Testaments*, dans laquelle on ne chercherait pas à encourager le mariage serait contraire à la politique et à l'humanité. » Et il ajoutait : « Loin de les encourager, ce serait y mettre un obstacle si on ne donnait pas libre cours aux donations sans lesquelles ces liens ne se formeraient pas. » C'est pourquoi le projet de code civil dispensait les donations à cause de mariage de certaines règles auxquelles les autres donations étaient astreintes et favorisait les institutions contractuelles qui sont moins onéreuses pour les donateurs que les donations ordinaires, les admettant en nos lois sous le nom de donations de biens à venir.

Les donations de biens à venir ont dans le projet du gouvernement consulaire à peu près les mêmes caractères que l'ancienne institution contractuelle dans les pays de droit coutumier. Cependant il faut noter tout d'abord qu'elles sont restreintes au contrat de mariage. Elles ne sauraient plus, par conséquent, trouver place dans les associations de biens universelles comme dans la coutume d'Auvergne ou les coutumes similaires et cela s'explique d'ailleurs parfaitement par le caractère tout local de ces usages. Il y a lieu aussi de remarquer qu'on ne distingue plus, pour les permettre ou les défendre à l'instituant, entre les dispositions à titre particulier ou à titre universel, mais entre les dis-

positions à titre onéreux et celles à titre gratuit : les premières seules sont permises à l'instituant et encore peut-il renoncer à cette faculté.

II. Aussitôt imprimé, le projet de code civil fut communiqué au Tribunal de Cassation et à tous les tribunaux d'appel de France, avec prière de présenter leurs observations. Presque tous répondirent à cet appel; mais sur la matière qui nous concerne, le gouvernement reçut peu d'observations. Le Tribunal de Cassation demanda cependant qu'on fit disparaître du dernier alinéa de l'article 147 du projet les mots : *elle est sujette à la formalité de l'acceptation*. « Toute donation en contrat de mariage étant faite en contemplation du mariage, dit le Tribunal, la célébration de ce mariage n'est-elle pas une acceptation formelle du donataire? » Et il fait remarquer que l'ordonnance de 1751 avait dispensé ces sortes de donations de la formalité de l'acceptation (1). Dans les observations du tribunal de Nîmes, nous trouvons la note suivante : « Il semble résulter de l'ensemble des dispositions relatives aux différents genres de donations dont parle le chapitre VII que celle de l'article 147 n'est sujette qu'à la formalité de l'acceptation et que celles des articles 146 et 149 (donations de biens présents et donations cumulatives de biens présents et à venir) restent sujettes à l'acceptation et à l'insinuation; mais c'est peut-être ce qu'il serait bon de dire expressément (2). Le tribunal de Metz trouve que de la combinaison des articles 147 et 148 naît une difficulté très grave : « Les père et mère, dit-il, en usant de la liberté que le premier de ces arti-

(1) Fenet, *loc. cit.*, t. II, p. 710.

(2) Fenet, *loc. cit.*, t. IV, p. 24.

cles leur laisse, peuvent donner par quotité ou bien un bien de corps certain, et la donation sera sans doute valable si l'objet ainsi donné n'excède pas la quotité disponible; dans ce cas on ne voit aucune raison de l'annuler. Mais alors le donateur ne doit plus conserver la liberté de vendre et hypothéquer ou de disposer à titre gratuit, quel que soit le motif de la disposition, car il dépendrait de lui d'annuler la donation. Pour assurer la portion de liberté que doit conserver le donateur et maintenir les droits des autres enfants, il suffit qu'au moment du décès la donation soit réductible à la quotité disponible, comme le prescrit l'article 152 » (1). Le tribunal de Bruxelles également demande la suppression de l'article 148 qui laisse au donateur la faculté de disposer à titre onéreux et même de faire des dons modiques. « La disponibilité laissée dans la main du donateur, dit ce tribunal, est contraire à la nature des donations. Une donation faite dans un contrat de mariage et sur la foi de laquelle le mariage est contracté ne doit pas être illusoire » (2). Le tribunal de Grenoble se borne à remarquer sur cet article que l'expression *somme modique* prête trop à l'arbitraire et qu'il serait convenable de déterminer cette modicité en en fixant la quotité au douzième ou au quinzième des biens donnés (3). Le tribunal d'Orléans opine dans le même sens : « Ne serait-il pas mieux, pour prévenir les difficultés, de déterminer la portion à laquelle en ce cas pourraient s'élever les dispositions gratuites subséquentes; par exemple le tiers

(1) Fenet, *loc. cit.*, t. III, p. 409.

(2) Fenet, *loc. cit.*, t. III, p. 279.

(3) Fenet, *loc. cit.*, t. III, p. 581.

le quart, le sixième de la portion des biens du donateur que recueillerait le premier donataire par l'effet de la première donation, et ce, suivant que cette portion serait plus ou moins forte? » (1). Le tribunal de Toulouse dit lui aussi qu'il faut « pour prévenir les contestations sur ce qu'on doit entendre par sommes modiques, déterminer une quotité quelconque, mais fixe, au-dessus de laquelle le donateur ne pourra disposer à titre gratuit au préjudice de l'institution ou la donation des biens qu'il laisse à son décès » (2).

Après avoir reçu les observations du Tribunal de Cassation et des tribunaux d'appel, la commission de législation soumit son projet au Conseil d'État. Le titre des Donations et Testaments vint en discussion le 30 nivôse an XI et les articles qui nous intéressent furent présentés par Bigot-Préameneu le 27 ventôse. Ils n'avaient subi que peu de modifications, mais par suite des changements apportés aux matières précédemment discutées, ils portaient les numéros 460 et 461. L'article 460 était ainsi conçu : « Les pères et mères, les autres ascendants, les parents collatéraux des époux et même les étrangers pourront par contrat de mariage donner tout ou partie des biens qu'ils laisseront au jour de leur décès, tant au profit des dits époux qu'au profit des enfants à naître de leur mariage, dans le cas où le donateur survivrait à l'époux donataire. Pareille donation quoique faite au profit seulement des époux ou de l'un d'eux sera toujours dans ledit cas de survie du donateur présumée faite au profit des enfants et descendants à

(1) Fenet, *loc. cit.*, t. IV, p. 78.

(2) Fenet, *loc. cit.*, t. IV, p. 644.

naître du mariage ». L'article 161 disposait : « La donation dans la forme portée au précédent article sera irrévocable, en ce sens seulement que le donateur ne pourra plus disposer à titre gratuit des objets compris dans la donation, si ce n'est pour sommes modiques, soit à titre de récompense ou autrement » (1).

On avait tenu compte, il est vrai, de l'observation du Tribunal de Cassation et supprimé la nécessité de l'acceptation formelle. Nous trouvons ce principe formulé expressément dans l'article 165 : « Les donations faites par contrat de mariage ne pourront être attaquées ni déclarées nulles sous prétexte de défaut d'acceptation ». Mais par contre on n'avait pas cru devoir se conformer aux vues des tribunaux de Metz et de Bruxelles et supprimer la faculté laissée au donateur de disposer à titre onéreux. En effet, ç'aurait été renfermer l'institution contractuelle dans des limites beaucoup trop étroites et la ramener aux règles les plus sévères des pays de droit écrit. La commission du gouvernement estima à bon droit qu'il était beaucoup plus rationnel de laisser à cette institution originaire des pays coutumiers les caractères qu'elle avait toujours eus dans ces pays et qui la différenciaient essentiellement de la donation de biens présents. Non contents de cela, dans la rédaction définitive, les commissaires supprimèrent le dernier alinéa de l'article 148 (nouvel article 161) qui permettait au donateur de renoncer, en tout ou en partie, à la faculté que la loi lui réservait de vendre, hypothéquer et disposer de toute manière, à titre onéreux.

On ne voulut point non plus, comme le demandaient

(1) Fenet, *loc. cit.*, t. XII, p. 412 et 413.

les tribunaux de Toulouse, Orléans et Grenoble, fixer une quotité au delà de laquelle le donateur ne pourrait plus disposer à titre gratuit et on préféra s'en tenir à l'expression un peu vague de *dons modiques*. C'est qu'en effet il aurait été assez difficile de fixer judicieusement une quotité qui devait nécessairement varier non seulement avec la fortune de l'instituant, mais encore avec la portion des biens dont il s'était réservée la libre disposition et aussi avec l'importance du service à récompenser. Il est évident, par exemple, qu'un individu fort riche qui a institué un neveu dans tous ses biens pourra, sans être soupçonné de fraude, prélever une somme assez considérable sur la donation afin de faire à d'autres parents les présents d'usage; tandis qu'on pourrait suspecter à bon droit un donateur qui, n'ayant qu'une petite fortune dont il a fait institution contractuelle, ferait après l'institution des dons beaucoup plus considérables qu'auparavant et hors de proportion avec sa fortune. De même on ne peut exiger que l'instituant soit fixé à la même quotité s'il a à récompenser un homme pauvre qui lui a sauvé la vie que s'il veut faire un présent à l'occasion d'un mariage ou de la nouvelle année. Ce sont ces considérations qui ont fait conserver le terme un peu élastique de *dons modiques*.

Les articles 160, 161 et 165 furent présentés au Conseil d'État le 27 ventôse an XI et votés sans discussion. Par suite de certains amendements apportés à d'autres articles au cours de la discussion, Bigot-Préameneu présenta le 3 germinal an XI une nouvelle rédaction du titre des Donations entre-vifs et des Testaments où nos articles, reproduits sans modifications, portent les numéros 193 et 194. Sur l'ordre du Premier Consul, ce

projet fut, selon le mécanisme adopté, communiqué officieusement à la section de législation du Tribunal qui s'occupa immédiatement de la discussion (1). Sur nos articles aucune difficulté ne fut soulevée, la section de législation se borna à demander que dans l'article 194 on dît *à titre de récompense ou autrement*, au lieu de *soit à titre de récompense ou autrement* (2). Sur les observations du Tribunal, une conférence s'engagea entre la section de législation de ce corps et celle du Conseil d'État. Le 24 germinal, Bigot-Préameneu rendit compte au Conseil d'État du résultat de cette conférence, et après délibération, apporta une rédaction nouvelle du projet amendé. Nos articles 193 et 194 devinrent les articles 189 et 190, identiques aux précédents, sauf le petit changement de rédaction demandé par le Tribunal (3).

Le 2 floréal an XI, Bigot-Préameneu assisté des conseillers Thibaudeau et Duchâtel fut chargé de présenter le projet de loi formant le titre des Donations entre-vifs et des Testaments au Corps législatif. Celui-ci, après avoir entendu un brillant exposé des motifs fait par Bigot-Préameneu, transmit immédiatement au Tribunal le projet avec l'exposé des motifs. Le 9 floréal, le tribun Jaubert fit un rapport sur le tout à l'assemblée générale et conclut à l'adoption du projet; le 10 floréal, le tribun Sédillez parla dans le même sens et le Tribunal émit un vœu d'adoption. Les tribuns Jaubert, Sédillez et Favard furent alors désignés pour soutenir le projet devant le

(1) 10 germinal et jours suivants.

(2) Fenet, *loc. cit.*, t. XII, p. 466.

(3) Fenet, *loc. cit.*, t. XII, p. 504 et 505.

Corps législatif. Celui-ci, après avoir entendu un discours prononcé par Favard rendit, le 13 floréal, un décret favorable. Il ne restait plus qu'à faire la promulgation : elle eut lieu le 23 floréal an XI (1).

Le 30 ventôse an XII, les différentes lois civiles furent réunies en un seul corps de lois pour former le Code civil et les dispositions concernant les donations de biens à venir devinrent les articles 1082 et 1083 de ce code.

SECTION I

CONDITIONS DE L'INSTITUTION CONTRACTUELLE

Les donations de biens à venir réglementées par les articles 1082 et 1083 du code civil sont-elles bien des institutions contractuelles? Nul n'en peut douter, car elles en ont conservé les caractères essentiels. D'ailleurs, dans le rapport de Jaubert au Tribunat, nous lisons en propres termes : « Les institutions contractuelles continuent d'être autorisées en faveur du mariage » (2). Mais alors, pourquoi cette appellation consacrée par un usage immémorial a-t-elle disparu de nos codes? Le législateur, dit M. Eschbach, « aurait-il craint de froisser les idées nouvelles en inscrivant dans son œuvre ce mot de féodale mémoire? Aurait-il ainsi cédé au sentiment qui l'empêcha d'appeler substitutions les dispositions permises par le chapitre VI, titre 2, du livre III du code, et servitudes personnelles l'usufruit, l'usage et l'habita-

(1) Fenet, *loc. cit.*, t. XII, p. 647.

(2) Fenet, *loc. cit.*, t. XII, p. 649.

tion?... » (1). Rien dans les travaux préparatoires ne vient jeter de jour sur cette question. Bonnet croit que les auteurs du code civil ont simplement voulu montrer que la donation de biens à venir n'est pas nécessairement de l'universalité ou d'une quote-part de la succession du disposant, mais qu'elle peut aussi porter sur un ou plusieurs objets particuliers (2). Demolombe, de son côté explique cela par une question de méthode : les rédacteurs du code « n'auront pas voulu, par un mot différent de la donation entre-vifs et du testament, briser l'unité et la simplicité de modes de disposer qu'ils avaient admises » (3). Quant à Laurent, si le code ne conserve pas son nom à l'institution contractuelle, c'est qu'autrement « on aurait pu conclure de la dénomination d'institution contractuelle qu'elle forme une espèce à part, d'où seraient nées des difficultés sur la question de savoir quelles règles la régissent » (4).

De ceci il ne faudrait pas conclure que pour résoudre les difficultés non prévues par le code il n'y a pas lieu de se référer aux anciennes règles de l'institution contractuelle. C'est ce que fait observer Demolombe : « Il importe de reconnaître que la donation de biens à venir procède dans notre code de l'institution contractuelle et que si elle doit être avant tout interprétée d'après les textes nouveaux, il faudra souvent aussi recourir aux principes qui régissaient cet ancien mode de disposer ».

(1) *Revue crit. de lég. et de jurispr.*, t. XI, p. 527.

(2) Bonnet, *Des disposit. par contr. de mar. et des disp. ent. ép.*, Paris, 1874, t. I, n^{os} 230 et s.

(3) Demolombe, *Tr. des donat. ent. v. et des testam.*, Paris, 1868-73, t. VI, n^o 273.

(4) Laurent, *Principes de dr. civ.*, Bruxelles, 1869-78, t. XV, n^o 178.

D'ailleurs la doctrine a conservé l'expression d'institution contractuelle conforme aux traditions et fort com-mode dans la pratique.

§ 1^{er}. — *Dans quelles formes peut-on instituer contractuellement?*

I. L'institution contractuelle étant une dérogation à l'article 943, qui n'autorise que la donation de biens présents, et à l'article 791 qui prohibe les pactes sur successions futures, ne saurait être étendue au-delà des termes de la loi. Or, l'article 1082 est formel : la donation de biens à venir n'est permise que par contrat de mariage. Cependant plusieurs jurisconsultes ont soutenu qu'il suffisait qu'elle fût faite en faveur du mariage (1) et qu'à cette condition elle devait être validée même dans un acte antérieur au mariage. Mais cette solution doit être énergiquement repoussée, car elle est contraire, non seulement à l'article 1082, mais encore aux articles 1084 et 1087 qui limitent aux donations faites par contrat de mariage les dérogations aux conditions exigées généralement dans toutes les autres. La doctrine la plus récente est unanime dans ce sens. En outre des arguments de texte, MM. Demolombe et Laurent invoquent aussi les traditions historiques ; mais nous ne croyons pas devoir les suivre sur ce terrain, car, nous l'avons exposé plus haut (2), si la doctrine était autrefois opposée aux insti-

(1) V. notam. Merlin, *Quest. de dr.*, au mot *Remploi*, § 4 et *Répert. de jurispr.*, au mot *Instit. contr.*, § 3, n° 2 ; v. ég. Grenier, *Des donat.*, Paris, 1812, III^e part. n° 426, et Toullier, *Dr. civ. fr.*, Paris, 1830-33, t. V, p. 830.

(2) V. sup., chap. III, sect. 1, § 1.

tutions postérieures à la célébration du mariage, elle était plutôt favorable à la validité de celles faites par acte antérieur ; la coutume même de Bourbonnais est en ce sens. Il importe peu d'ailleurs, puisque le code est formel (1).

De ce que l'institution contractuelle ne peut être faite que par contrat de mariage, il en résulte qu'elle doit suivre les vicissitudes du contrat lui-même et qu'elle s'évanouit comme les autres clauses, s'il vient à être annulé. On peut également rattacher à cette intimité du lieu qui unit la donation en faveur du mariage au contrat de mariage lui-même la disposition spéciale de l'article 1087 : « Les donations faites par contrat de mariage ne pourront être attaquées ni déclarées nulles sous prétexte de défaut d'acceptation. » Cette dispense de l'acceptation expresse exigée dans les donations ordinaires était déjà formulée par l'ordonnance de 1731 ; elle se fonde sur une acceptation tacite de la part des époux. Il est certain qu'en acceptant le contrat de mariage les époux acceptent toutes ses clauses et notamment les donations qu'il renferme.

II. Si la donation de biens à venir porte sur des immeubles, sera-t-elle soumise à la transcription comme le prescrit l'article 939, et si elle porte sur des meubles, devra-t-on en dresser un état estimatif conformément à l'article 948 ? Sur la seconde question, la réponse négative ne fait aucune difficulté, car l'état estimatif n'est exigé que pour assurer l'irrévocabilité de la donation

(1) V. en ce sens Demolombe, *loc. cit.*, n° 277 ; Laurent, *loc. cit.*, n° 189 ; Baudry-Lacantinerie et Colin, *Tr. des donat.*, Paris, 1895-96, t. II, nos 3903 et 3904.

entre-vifs; or l'institution contractuelle n'est pas irrévocable en ce sens-là, car ce n'est pas son mobilier actuel que le disposant transmet à l'institué, mais celui qu'il laissera à l'époque de son décès. Quant à la nécessité de la transcription pour les immeubles, elle a été soutenue par Mourlon (1) et Bonnet (2). Ces auteurs invoquent d'abord l'exemple de l'ancien droit qui soumettait l'institution contractuelle à la formalité de l'insinuation. Ils prétendent ensuite qu'il y a les mêmes motifs pour exiger la transcription dans les donations ordinaires et dans les donations de biens à venir. Enfin, disent-ils, l'article 947 fournit en ce sens un argument de texte. De ce qu'il déclare que les quatre articles précédents ne s'appliquent pas à la donation de biens à venir, on peut en effet conclure *a contrario* que les autres articles, et notamment l'article 939 qui exige la transcription, y sont parfaitement applicables.

On répond facilement à cette assertion en faisant remarquer que si l'argument pouvait avoir de la valeur, il militerait en faveur de l'article 948 comme en faveur de l'article 939 et il faudrait en conclure que l'état estimatif du mobilier est requis dans les donations de biens à venir, ce que nul ne prétend soutenir. Il n'est pas non plus exact de dire que les raisons de décider sont les mêmes par rapport aux donations de bien présents et à celles de biens à venir, car ces dernières ne suivent les règles des donations ordinaires qu'autant qu'elles sont en harmonie avec leur nature propre. Mais, dit-on, c'est précisément sur ce motif que nos anciens auteurs les

(1) Murlon, *De la transcript.*, Paris, 1862, t. II, n° 1117.

(2) Bonnet, *loc. cit.*, n°s 686 et suiv.

astreignaient à l'insinuation ! On répond à cela que dans notre ancien droit les auteurs étaient loin de s'entendre à ce sujet et nous avons montré que la jurisprudence des Parlements et une bonne partie de la doctrine étaient contraire à l'insinuation (1).

§ 2. — *Sur quels biens peut porter l'institution contractuelle?*

Les instituteurs peuvent disposer contractuellement de « tout ou partie des biens qu'ils laisseront au jour de leur décès. » L'institution peut donc comprendre soit l'universalité, soit une quote-part de la succession ; elle correspond en ce cas au legs universel ou à titre universel ; peut-elle aussi porter seulement sur un objet particulier, corps certain ou chose de genre ? peut-on, par exemple, à l'instar d'un legs particulier, donner contractuellement tel immeuble ou bien un cheval, ou vingt sacs de blé à prendre dans la succession ? Un certain nombre d'auteurs enseignent la négative (2). D'après Duranton, ce serait là une donation entre-vifs de biens présents avec réserve d'usufruit au profit du donateur. Mais sur quel fondement s'appuyer pour dénaturer ainsi la volonté du disposant ? « Serait-ce, dit M. Laurent, parce que l'institution contractuelle fait naître l'idée d'une succession, donc d'une universalité ? On répond que cette expression ne se trouve pas dans le code, et celle qu'il emploie, *partie des biens*, à un sens technique, elle s'applique non seulement à une universalité,

(1) V. *supra*, chap. III, sect. 1, § 2.

(2) V. notamm. Duranton, *Cours de dr. fr.*, Paris, 1834, t. IX, n° 676.

mais aussi à des biens particuliers. » C'est la solution admise par tout le monde pour le testament à propos de l'article 893 qui emploie la même expression *tout ou partie des biens*, et l'on ne voit d'ailleurs aucune raison de distinguer, quant aux biens qu'ils peuvent comprendre, entre le testament et la donation de biens à venir. La doctrine presque tout entière est en ce sens (1) ainsi que la jurisprudence (2).

De cette similitude, nous concluons, avec Demolombe qu'il y a lieu d'appliquer à la matière des donations de biens à venir la cause de caducité écrite dans l'article 1042 ainsi conçu : « Le legs sera caduc si la chose léguée a totalement péri pendant la vie du testateur... » Nous concluons également qu'il faut appliquer ici la maxime *Æs alienum universi patrimonii, non certarum rerum onus est* et décider que les dettes sont toutes à la charge de l'institué dans le cas d'une institution universelle, qu'il les supporte proportionnellement à la portion qu'il recueille si l'institution est à titre universel, enfin qu'il n'y contribue en aucune façon s'il s'agit d'une institution à titre particulier.

Ajoutons en terminant que l'institution contractuelle ne peut, bien entendu, dans le cas d'héritiers réservataires, dépasser les limites assignées à la quotité disponible. La faveur due au mariage ne saurait l'emporter sur le droit des héritiers réservataires et nos anciens

(1) V. Demolombe, *loc. cit.*, n° 280; Laurent, *loc. cit.*, n° 193; Marcadé, *Explic. du code civ.*, Paris, 1873-75, t. IV, n° 280; Massé et Vergé, *Dr. civ. fr. de Zachariæ*, t. III, p. 321; Baudry et Colin, *loc. cit.*, n°s 3907 et 3908.

(2) V. not. Dalloz, 1893, 2, 274, un arrêt de la Cour de Bordeaux du 6 avril 1892.

auteurs étaient unanimes à reconnaître que la légitime devait être parfaite au dépens des institutions contractuelles (1). Aussi l'article 1090 pose-t-il en principe, conformément au droit commun, contenu en l'article 920, que « toutes donations faites aux époux par leur contrat de mariage seront, lors de l'ouverture de la succession du donateur, réductibles à la portion dont la loi lui permettait de disposer ». A l'égard des donations de biens à venir faites en contrat de mariage par l'un des futurs conjoints à l'autre, il y a lieu d'appliquer les articles 1094 et 1098. L'article 1094, modifié par la loi du 17 février 1900 dispose : « L'époux pourra, soit par contrat de mariage, soit pendant le mariage, pour le cas où il ne laisserait point d'enfants ou descendants, disposer en faveur de l'autre époux en propriété de tout ce dont il pourrait disposer en faveur d'un étranger, et pour le cas où l'époux donateur laisserait des enfants ou descendants, il pourra donner à l'autre époux ou un quart en propriété et un autre quart en usufruit, ou la moitié de tous ses biens en usufruit seulement. » Et l'article 1098 porte que « l'homme ou la femme qui, ayant des enfants d'un autre lit, contractera un second ou subséquent mariage ne pourra donner à son nouvel époux qu'une part d'enfant légitime le moins prenant et sans que dans aucun cas ces donations puissent excéder le quart des biens. » Quant à la réduction en cas de libéralités excessives, elle devra se faire conformément aux articles 920 et suivants. On appliquera notamment l'article 923, c'est-à-dire qu'on réduira les donations de biens à venir suivant leur ordre de date ; et comme au

(1) V. *supra*, ch. III, sect. 3.

point de vue qui nous occupe leur irrévocabilité les rapproche des donations ordinaires bien plus que des dispositions à cause de mort, nous déciderons qu'elles ne sont réductibles qu'après épuisement des libéralités testamentaires (1).

§ III. — *Quelles personnes peuvent figurer dans une institution contractuelle ?*

I. Il y a lieu maintenant de se demander qui peut faire une institution contractuelle et qui peut en profiter. Sur la première question, la réponse est donnée par l'énumération que l'article 1082 emprunte à l'ordonnance de 1731. Peuvent instituer contractuellement : « les pères et mères, les autres ascendants, les parents collatéraux des époux et même les étrangers... » Cette formule déjà très générale est encore complétée par l'article 1093 qui permet les donations de biens à venir faites par l'un des conjoints au profit de l'autre, si bien que finalement tout le monde peut en principe faire une institution contractuelle. Cependant, il y a lieu de remarquer que l'institution contractuelle est une disposition à titre gratuit et qu'il faut en conséquence exiger de l'instituant la capacité nécessaire à ces sortes de dispositions.

Mais là surgit une difficulté : les dispositions à titre gratuit sont de deux sortes : entre-vifs ou testamentaires, et la capacité nécessaire pour les unes est différente de celle exigée pour les autres ; laquelle devra-t-on récla-

(1) V. Laurent, *loc. cit.*, t. XV, n° 297 ; Baudry et Colin, *loc. cit.*, t. II, n° 3846 et 3972.

mer pour les institutions contractuelles ? Il ne faut pas oublier en effet ce que disait Furgole et qui reste vrai dans le code civil : « C'est une manière de disposer ou convention que quelques auteurs ont appelée avec raison amphibie... qui a ses règles particulières qu'elle ne doit emprunter ni de la donation entre-vifs, ni de la donation à cause de mort, ni du testament... ». Mais, ajoutent nos anciens auteurs, tantôt de l'un, tantôt de l'autre, selon les circonstances. Cette solution est encore exacte maintenant et il faut s'inspirer des règles du testament ou de celles de la donation entre-vifs, selon que dans la question agitée l'institution contractuelle se rapproche le plus de l'une ou de l'autre. Voilà pourquoi nous déciderons en l'espèce que l'instituant doit avoir la capacité de faire une donation entre-vifs. Si la loi reconnaît en effet le droit de tester à certaines personnes auxquelles elle dénie celui de donner entre-vifs, c'est que le testament est un acte moins grave que la donation entre-vifs, car le testament est révocable, tandis que la donation entre-vifs ne l'est pas. Or, l'institution contractuelle est irrévocable elle aussi, et si l'instituant conserve la faculté d'aliéner à titre onéreux, il perd celle de disposer à titre gratuit. Aussi l'ancien droit exigeait-il lui-même de l'instituant la capacité de faire une donation entre-vifs et c'est encore la solution généralement admise aujourd'hui par la doctrine et la jurisprudence (1).

Donc pour faire une institution contractuelle, il faut

(1) V. Duranton, *loc. cit.*, nos 723 et 725 ; Baudry et Colin, *loc. cit.*, nos 3885 et suiv. ; Marcadé, *loc. cit.*, n° 278 ; Laurent, *loc. cit.*, nos 196 et suiv. ; Demolombe, *loc. cit.*, nos 283 et suiv.

et il suffit de pouvoir faire une donation entre-vifs, et par conséquent les mineurs âgés de plus de seize ans, les femmes mariées non autorisées de leur mari, les prodigues ou faibles d'esprit non assistés de leur conseil, bien que pouvant tester valablement ne peuvent faire d'institutions contractuelles. Quant aux interdits, la même doctrine leur doit être appliquée dans l'opinion de ceux qui, pendant les intervalles lucides, leur accordent le droit de tester et leur refusent celui de faire des donations entre-vifs. Ici se place une controverse des plus vives : la femme mariée sous le régime dotal peut léguer ses biens dotaux ; peut-elle également en disposer par institution contractuelle ? La négative semble bien résulter de ce que nous avons dit précédemment, car la femme dotale ne peut disposer de ses biens dotaux par donation entre-vifs. Cependant l'opinion adverse a trouvé un grand nombre de défenseurs (1). On invoque en ce sens l'ancienne jurisprudence et on prétend que la femme en faisant une institution contractuelle sur ses biens dotaux ne va pas à l'encontre des articles 1554 et suivants du code qui en défendent l'aliénation, parce que, dit Troplong, « la femme ne se dépouille actuellement d'autre chose que de la faculté de tester ; elle fait tout simplement un testament irrévocable ; elle ne dispose que pour le temps où elle ne sera plus ». La Cour de Grenoble qui a rendu en ce sens un arrêt célèbre le 11 juin 1851 (2) dit également que « l'institution con-

(1) V. notam. Duranton, *loc. cit.*, n° 724 ; Grenier, *loc. cit.*, n° 431 ; Masset et Vergé, *loc. cit.*, p. 332 ; Troplong, *Des don. et test.*, t. IV, n° 2371.

(2) Dalloz, 1852, 2, 272 : v. ég. Nîmes, 1^{er} fév. 1867, *Dall.*, 1868, 2, 134 ; Bordeaux, 8 mai 1871, *Dall.*, 1872, 2, 5.

tractuelle laisse à la femme le droit de disposer à titre onéreux, qu'elle lui enlève uniquement le droit de disposer à titre gratuit, faculté qui ne rentre en aucune façon dans l'emploi de la dot et ne met aucun obstacle à sa destination pendant le mariage ». Mais puisque l'institution contractuelle est un testament irrévocable, puisqu'elle enlève à la femme le droit de disposer à titre gratuit, c'est-à-dire un des attributs essentiels de la propriété, il y a donc là une véritable aliénation ; or, l'article 1554 défend d'aliéner les biens dotaux de quelque façon que ce soit, sauf les exceptions prévues dans les articles 1555 à 1560, et l'institution contractuelle n'y figure pas. Qu'importe après cela que l'ancien droit soit contraire, puisque le code est formel ! (1). Il va sans dire qu'il faut excepter le cas où l'institution contractuelle est faite en faveur des enfants de l'instituant, car c'est là une exception apportée dans les articles 1555 et 1556 à l'inaliénabilité des biens dotaux, et ces articles sont un argument de plus contre la solution que nous combattons. Comment, en effet, peut-on soutenir, avec la Cour de Grenoble, que la faculté de disposer de ses biens à titre gratuit ne rentre pas dans l'emploi de la dot et qu'une renonciation à ce droit ne crée aucun obstacle à sa destination pendant le mariage, alors que les articles 1555 et 1556 nous disent explicitement que la dot n'est pas seulement destinée à nourrir et élever les

(1) V. en ce sens Demolombe, *loc. cit.*, n° 284 ; Rodière et Pont, *Tr. du cont. de mar.*, Paris, 1869, t. III, n° 1769 ; Laurent, *loc. cit.*, n°s 194 et suiv. ; Baudry et Colin, *loc. cit.*, n° 3887. — V. ég., Agen, 28 janv. 1856, *Dall.*, 1856, 2, 96 ; Pau, 26 fév. 1868, *Dall.*, 1868, 2, 132 ; Requête, 8 mai 1877, *Dall.*, 1878, 1, 32 ; Caen, 23 juin 1885 et Cass., 25 av. 1887, *Dall.*, 1888, 1, 169.

enfants, mais aussi à pourvoir à leur établissement!

Telles sont les conditions de capacité pour les donations de biens à venir faites par les tiers aux futurs époux; quant à celles que les futurs époux se font entre eux, elles sont, de par l'article 1095, soumises à certaines dérogations au droit commun. Aux termes de cet article, « le mineur ne pourra par contrat de mariage donner à l'autre époux, soit par donation simple, soit par donation réciproque, qu'avec le consentement et l'assistance de ceux dont le consentement est requis pour la validité de son mariage, et avec ce consentement il pourra donner tout ce que la loi permet à l'époux majeur de donner à l'autre conjoint ». Cet article est une application de la maxime *Habilis ad nuptias, habilis ad pecta nuptialia* reproduite par l'article 1398 : « Le mineur habile à contracter mariage est habile à consentir toutes les conventions dont ce contrat est susceptible et les conventions et donations qu'il y a faites sont valables, pourvu qu'il ait été assisté dans le contrat des personnes dont le consentement est nécessaire pour la validité du mariage ». Comme le fait remarquer M. Guillouard, nous trouvons ici une triple dérogation aux principes qui régissent habituellement les mineurs (1). D'abord c'est le mineur qui contracte, c'est lui qui consent les donations à son conjoint, tandis qu'aux termes de l'article 450 il devrait être représenté par son tuteur; encore eût-il fallu que la loi permît exceptionnellement au tuteur de faire des donations. Nous devons remarquer également que le législateur n'exige pas ici l'assistance du tuteur mais bien celle des personnes qui ont

(1) Guillouard, *Tr. du contr. de mar.*, Paris, 1894-96, t. I, p. 300.

qualité pour habiliter le mineur à contracter mariage. Enfin la troisième dérogation apportée aux principes généraux porte sur la nature des dispositions qui sont permises au mineur dans son contrat de mariage. Assisté comme il vient d'être dit, il peut faire toutes les conventions et notamment toutes les donations de biens à venir que pourrait faire un majeur lui-même.

Pour apprécier l'étendue de sa capacité en la matière qui nous concerne, il nous suffira donc de nous reporter aux articles 1082 et 1083, 1086 et suivants et 1093. Les donations faites dans ces conditions par le mineur seront aussi valables que celles faites par un majeur, l'article 1309 le dit en termes formels : « Le mineur n'est point restituable contre les conventions portées en son contrat de mariage lorsqu'elles ont été faites avec le consentement et l'assistance de ceux dont le consentement est requis pour la validité de son mariage ».

Mais il nous reste une question à examiner : que faut-il entendre par mineur ? Le fils de famille qui a dépassé l'âge de vingt et un ans doit-il être réputé majeur dans ce sens ou bien sa majorité est-elle repoussée comme pour le mariage proprement dit jusqu'à vingt-cinq ans ? Les auteurs sont à peu près unanimes à décider que la minorité dont il est question dans les articles 1093 et 1398 est la minorité ordinaire et non la minorité spéciale de l'article 148. La majorité est en effet fixée d'une manière uniforme à l'âge de vingt et un ans accomplis par l'article 488 qui déclare qu'« à cet âge on est capable de tous les actes de la vie civile, sauf la restriction portée au titre du mariage. » Il n'y a donc de restriction que pour l'âge auquel on peut librement se marier, il n'y en a aucune relativement aux do-

nations que les conjoints se peuvent faire entre eux par contrat de mariage. Cette solution est d'autant plus certaine que les articles 1095 et 1398 parlent du mineur alors que nulle part le législateur n'a employé cette expression pour désigner l'incapable de l'article 488 (1). Par contre le mineur qui n'aurait pas atteint l'âge légal pour contracter mariage, dix-huit ans pour l'homme et quinze ans pour la femme, mais auquel des dispenses auraient été accordées en vertu de l'article 145, pourra néanmoins, dans son contrat de mariage, consentir toute donation de biens à venir en faveur de son conjoint, à condition d'être assisté conformément aux articles 1095 et 1398 (2).

II. Si l'institution contractuelle peut être faite par toute personne, elle ne peut par contre s'adresser qu'aux futurs époux et aussi aux enfants à naître de leur mariage, si le donateur vient à survivre à l'époux donataire. Elle peut d'ailleurs être faite au profit des deux époux conjointement ou seulement au profit de l'un d'eux. Si le disposant avait, sans spécifier, déclaré donner aux époux, on décidait autrefois, se fondant sur la volonté présumée du donateur, que la donation était collective si le donateur était un étranger et qu'au contraire, si le donateur était parent d'un des époux, l'institution était censée faite uniquement en faveur de cet époux. Mais il semble vraiment que cette interprétation s'écarte trop des termes de la donation pour qu'il soit

(1) V. en ce sens Demolombe, *loc. cit.*, n° 430 ; Laurent, *loc. cit.*, t. XXI, n° 22 ; Guillouard, *loc. cit.*, n° 302 bis ; Baudry-Lacantinerie, *Tr. du contr. de mar.* Paris, 1897-1900, n° 155.

(2) V. Duranton, *loc. cit.*, t. XIV, n° 13 ; Demolombe, *loc. cit.*, n° 429 ; Guillouard, *loc. cit.*, n° 302 ; Laurent, *loc. cit.*, n° 22.

possible de l'admettre encore aujourd'hui. D'ailleurs il est bien facile à l'instituant de s'expliquer de façon à éviter toute équivoque.

Pour ce qui est des enfants à naître du mariage, il y a au contraire une présomption formelle de la loi. Non seulement il est permis de les faire bénéficier de l'institution, mais l'article 1082 suppose même, dans le silence du donateur qu'ils y sont compris. Cette présomption fondée sur la volonté probable du donateur était, nous l'avons vu, admise déjà dans notre ancien droit (1). Ricard en donnait comme motif que l'institution contractuelle « étant faite par un contrat de mariage, il est à présumer qu'on a aussi bien considéré le fruit qui en devait provenir que les personnes qui contractent... » L'article 26 du chapitre xiv de la coutume d'Auvergne est formel en ce sens et dans son commentaire Auroux des Pommiers dit qu'« entrant dans l'intention de celui qui a fait une institution contractuelle, on trouvera que son dessein n'est pas seulement d'avantager le conjoint qu'il institue, mais encore ses enfants... et que l'autre conjoint qui s'est marié en considération de cet avantage a compté qu'en tous les cas ses enfants en profiteraient... »

Mais à quel titre appeler les enfants ? Nous avons dit qu'à cet égard nos anciens auteurs étaient divisés ; les uns admettaient que les époux transmettaient leurs droits aux enfants nés du mariage ; les autres faisaient intervenir l'idée de représentation, d'autres enfin fondaient le droit des enfants sur une substitution vulgaire tacite. Cette dernière doctrine avait fini par prévaloir,

(1) V. *sup.*, ch. II, sect. 5, § 2.

grâce à Lebrun et E. de Laurière qui avaient péremptoirement réfuté les deux opinions précédentes. Aujourd'hui encore il faut justifier la volonté des enfants par l'idée d'une substitution vulgaire tacite. C'est, il est vrai, une exception au principe posé par l'article 906 que pour bénéficier d'une donation il faut être au moins conçu au moment de la donation ; mais, outre que cette dérogation devrait être admise également si l'on faisait intervenir l'idée de transmission, on se heurterait de plus à toutes les objections présentées contre cette solution dans l'ancien droit (1). L'article 1086 *in fine* semblerait cependant admettre la doctrine de la transmission ; après avoir dit que le donateur par contrat de mariage peut se réserver de disposer d'un objet ou d'une somme à prendre sur ses biens présents, il ajoute en effet que cet objet ou cette somme « s'il meurt sans en avoir disposé, seront censés compris dans la donation et appartiendront au donataire ou à ses héritiers. » Mais on admet généralement que les mots *ou à ses héritiers* ont été transcrits par inadvertance de l'article 18 de l'ordonnance de 1731. Ils sont en effet incompatibles avec l'article 1089 qui dispose : « Les donations faites à l'un des époux dans les termes des articles 1082, 1084 et 1086 ci-dessus deviendront caduques si le donateur survit à l'époux donataire et à sa postérité. »

Nous concluons donc avec M. Laurent que « les enfants étant héritiers par contrat, leur droit est irrévocable aussi bien que celui de l'époux donataire (2) ». En conséquence, la Cour de Riom a annulé le 4 mars 1822

(1) V. *sup.*, loc. cit.

(2) Laurent, *loc. cit.*, n° 202.

une donation faite par l'instituant à l'institué des biens compris en l'institution, laquelle donation avait pour but en l'espèce de permettre à l'époux donataire de répartir inégalement entre ses enfants le bénéfice de l'institution (1); de même la Cour de Nîmes, le 5 juillet 1826, a jugé que l'institué ne pouvait donner à l'instituant les biens compris dans l'institution au préjudice de ses propres enfants (2).

Dans tout ce que nous venons de dire, il ne s'agit que de l'institution contractuelle faite par un tiers aux futurs époux; en effet, pour les donations faites entre époux, l'article 1093 admet une solution différente: « La donation de biens à venir... faite entre époux par contrat de mariage, soit simple, soit réciproque, sera soumise aux règles établies par le chapitre précédent à l'égard des donations pareilles qui leur seront faites par un tiers, sauf qu'elle ne sera point transmissible aux enfants issus du mariage, en cas de décès de l'époux donataire avant l'époux donateur ». Là, en effet, les enfants n'ont que peu d'intérêt à être substitués à l'institution faite au profit de leur père ou de leur mère, car ils recueilleront forcément comme héritiers dans le patrimoine de l'instituant ce qu'ils auraient autrement recueilli comme donataires. Il est vrai qu'ils seront obligés de partager avec les enfants d'un autre lit, si l'instituant vient à se remarier, et qu'en tous les cas celui-ci pourra les priver du bénéfice de l'institution par des dispositions à titre gratuit, tandis qu'il ne l'aurait pu s'ils avaient été sub-

(1) Dalloz, *Répert. alph.*, aux mots *Dispos. ent. vifs et testam.*, n° 2027.

(2) Dalloz, *loc. cit.*, n° 2028.

stitués à la donation. Mais c'est précisément cette seconde conséquence qui a dicté la décision du législateur : il n'est pas bon, en effet, que l'autorité paternelle soit totalement privée du pouvoir de récompenser et de punir.

Doit-on aller cependant jusqu'à soutenir que l'époux donateur ne pourrait, même par une disposition expresse, substituer les enfants à l'institution en cas de prédécès de son conjoint? Nous le croyons pas. L'article 1093 se borne à remplacer la présomption de l'article 1082 par une présomption contraire; l'un et l'autre sont fondés sur la volonté probable du donateur. On ne peut induire de l'expression *ne sera point transmissible* que la disposition de la loi est impérative, car le législateur parle ordinairement au futur. D'ailleurs si le motif que nous avons donné plus haut est suffisant pour établir la volonté probable du disposant et justifier la présomption de la loi, rien n'autorise à croire qu'il soit d'ordre public. Nous admettons donc que l'article 1093 *in fine* contient une présomption de volonté de la part du donateur et que celui-ci pourrait appeler les enfants à l'institution par une disposition de volonté expresse, conformément au principe posé au début de ce même article 1093 suivant lequel l'institution contractuelle entre époux est soumise aux règles de l'article 1082 (1).

Comment se partagera la succession contractuelle entre les enfants ou descendants à naître du mariage? De la même façon qu'une succession *ab intestat*, c'est-à-

(1) Sic Duranton, *loc. cit.*, n° 759; Aubry et Rau, *Cours de dr. civ. fr.*, Paris, 1869, t. VIII, p. 99, § 741 et 742; Laurent, *loc. cit.*, n° 341; Baudry et Colin, *loc. cit.*, n° 3993. — *Contra*, Troplong, *loc. cit.*, n° 2539; Colmet de Santerre, *Cours analyt. du code Napol.*, Paris, 1849-73, t. IV, n° 269 bis; Demolombe, *loc. cit.*, n° 417.

dire qu'ils viendront tous au même titre et sans distinction. L'instituant ne pourrait pas faire qu'il en fût autrement, car en matière exceptionnelle tout ce que la loi n'a pas expressément permis doit être prohibé; or, la loi n'admet ici ni privilège ni exclusion, pas de distinction possible par conséquent à raison du sexe ou de la primogéniture (1). MM. Aubry et Rau prétendent, il est vrai, que « rien n'empêche que l'instituant se réserve, pour le cas de prédécès de l'institué, la faculté de distribuer inégalement entre les enfants de ce dernier l'objet de l'institution et même de l'attribuer exclusivement à quelques-uns d'entre eux »; mais il faut remarquer que le seul effet de cette réserve est d'exclure les enfants du bénéfice de l'institution. Il reste toujours vrai que le donateur ne peut pas, dans l'acte de donation, fixer des parts inégales aux enfants à naître du mariage, ni limiter à certains d'entre eux le bénéfice de l'institution. En effet, si le législateur a permis exceptionnellement certaines institutions, comme les substitutions et les institutions contractuelles, qui avaient dans l'ancien droit soulevé de vives réclamations, c'est à la condition qu'elles ne renouvelleront pas les abus d'autrefois et qu'elles auront pour base nécessaire l'égalité entre tous les enfants. Si donc, trompant le vœu de la loi, le donateur a disposé en faveur de quelques-uns seulement des enfants, ou bien leur a fait dans la donation des parts inégales, cette disposition ne saurait être maintenue telle qu'elle est.

Mais doit-on, dans le premier cas, exclure tous les

(1) Sic Duranton, *loc. cit.*, n° 692; Massé et Vergé, *loc. cit.*, t. III, p. 323; Demolombe, *loc. cit.*, n° 290; Laurent, *loc. cit.*, n° 204.

enfants ou les appeler tous; doit-on, dans le second, annuler complètement la disposition ou se borner à en faire bénéficier également tous les appelés? Avec Demolombe et Baudry-Lacantinerie, nous pensons que la seconde solution est préférable dans l'un et l'autre cas. En effet, l'exclusion totale ou partielle de certains des enfants doit être, conformément aux principes, regardée comme non avenue; dès lors ils sont tous appelés en vertu d'une substitution vulgaire tacite. Cette solution est d'ailleurs conforme à la volonté présumée du donateur, car il est vraisemblable qu'il eût préféré voir tous les enfants venir à l'institution que de les voir tous exclus.

Mais si le donateur ne peut faire aux enfants des parts inégales ni écarter quelques-uns d'entre eux seulement, il peut au contraire les exclure tous et se réserver le droit de disposer des biens donnés, s'il vient à survivre aux époux donataires. Sauf le dissentiment de Coin-Delisle (1), tous les auteurs admettent cette solution (2). En effet, la vocation des enfants n'est fondée que sur l'intention probable du donateur et nul doute que cette présomption ne tombe devant l'expression formelle de la volonté contraire de celui-ci. Ceci est conforme aux termes de l'article 1082 et à l'esprit de la loi : « C'est déroger aux principes généraux, dit M. Laurent, que d'appeler des enfants à naître; c'est y rentrer que de limiter la disposition aux futurs époux. La donation sera néanmoins une libéralité en faveur du mariage,

(1) *Commentaire analytique du code civil* (Donat. et test.), Paris, 1844, p. 562, nos 29 et suiv.

(2) V. en ce sens Demolombe, *loc. cit.*, n° 288; Laurent, *loc. cit.*, n° 205; Baudry et Colin, *loc. cit.* n° 3894.

puisqu'elle est faite au profit de ceux qui y ont le plus grand intérêt. Il est d'ailleurs, dans l'esprit de la loi de laisser une certaine latitude au donateur; plus on veut enchaîner sa liberté, moins il sera disposé à donner ».

Pourrait-on à l'inverse instituer les enfants à naître du mariage, tout en excluant les époux eux-mêmes? Non, assurément, car ce serait contraire tant aux principes généraux, qu'aux termes mêmes de l'article 1082. Comme nous le disions tout à l'heure, rien n'est permis dans une matière exceptionnelle comme la nôtre que ce que la loi permet formellement. Elle n'autorise l'institution des enfants que subsidiairement à celle de leurs parents; par conséquent il n'est pas permis d'instituer les enfants *omisso medio et principaliter*. Cette institution tomberait sous le coup de l'article 902 qui ne permet pas de faire des donations à une personne non conçue; elle serait radicalement nulle, c'est-à-dire inexistante.

L'article 1082 dit que l'institution contractuelle peut s'adresser aux enfants à naître du mariage comme aux époux eux-mêmes : que faut-il entendre par enfants ? Tout le monde s'accorde à dire que cette expression est synonyme de celle employée dans l'article 1089 : « Les donations faites à l'un des époux dans les termes des articles 1082, 1084 et 1086 ci-dessus deviendront caduques si le donateur survit à l'époux donataire *et à sa postérité* ». On peut donc comprendre dans la donation non seulement les enfants, mais aussi les petits-enfants et généralement tous les descendants des futurs époux. Si on peut instituer les enfants à naître, à plus forte raison peut-on instituer ceux déjà nés qui seront légitimés par le mariage. Mais le mot postérité doit nécessaire-

ment faire exclure l'enfant adoptif du donataire : il n'est pas né du mariage en faveur duquel la donation a été faite ; il n'est pour rien dans les causes déterminantes de la donation (1). De même, ne peuvent être compris dans l'institution les enfants que l'un ou l'autre des époux a eus d'un précédent mariage ou ceux qu'il aura d'un mariage postérieur. Nous avons vu plus haut que Dumoulin, en une note sur l'article 17 du chapitre xiv de la coutume d'Auvergne, admettait l'opinion contraire, et Chabrol, en son commentaire sur cette coutume disait également que si le donataire laissait en mourant des enfants de deux lits, la donation ne profiterait qu'à ceux nés du mariage en faveur duquel elle avait été faite, mais que, si ce mariage avait été stérile les enfants de l'autre lit recueilleraient le bénéfice de l'institution. Lebrun lui se bornait à admettre les enfants d'un second lit quand la libéralité émanait d'un ascendant du donataire, parce que, disait-il, à un ascendant « les enfants mâles d'un second lit de son fils sont aussi chers que ceux d'un premier lit ». Sans nous arrêter à reproduire ici la réfutation que nous avons faite de ces opinions dans l'ancien état de notre droit et présenter de nouveau la solide argumentation d'E. de Laurière (2), nous nous contenterons de faire observer que cette interprétation est contraire à l'esprit du code. L'institution contractuelle n'est admise que pour favoriser le mariage ; or, en quoi l'institution des enfants d'un mariage dissous peut-elle favoriser le mariage à conclure ? comment peut-on supposer à l'inverse que, dans

(1) *Sic*, Duranton, n° 749 ; Troplong, n° 2490 ; Demolombe, n° 292

(2) *V. sup.*, chap. III, sect. 5, § 2.

l'institution qui doit faciliter le futur mariage, le donateur songe aux enfants d'un mariage postérieur (1)?

A plus forte raison faudrait-il regarder comme nulle une institution faite en faveur d'un frère ou d'une sœur d'un des futurs époux, d'un collatéral ou d'un étranger. Il ne faut pas se lasser de le répéter, nous sommes ici en matière exceptionnelle, car la donation de biens à venir est une disposition exorbitante du droit commun ; donc elle ne peut être étendue hors des cas pour lesquels elle a été introduite. L'ancien droit admettait, comme nous le faisons aujourd'hui, qu'un père en mariant un de ses enfants ne pouvait instituer les autres qui ne se mariaient pas ; mais, pour éluder ici l'application des principes, on avait recours à la clause dite d'association. Auroux des Pommiers nous en fait connaître le mécanisme : « Si un père marie son fils aîné et qu'en le mariant il l'institue son héritier, à la charge d'associer ses frères et sœurs pour une certaine portion de l'institution, en ce cas cette substitution fidéi-commissaire vaudra au profit des frères et sœurs comme une condition de l'institution dont elle fait partie et les frères et sœurs prendront leur part et portion de la main de leur frère aîné, héritier institué, sans qu'il puisse la leur refuser, car l'association étant une charge de l'institution dont elle fait partie, le frère aîné est dans la nécessité ou de renoncer à l'institution ou de consentir à l'association » (2). Sauf Merlin et Vazeille, tous les auteurs regardent cette clause comme nulle dans notre droit actuel.

(1) V. en ce sens Troplong, nos 2488 et suiv. ; Demolombe, n° 293 ; Laurent, n° 206 ; Baudry et Colin, n° 3897 ; — *Contra* Bourges, 19 déc. 1821, Dall., *Répert. alph.*, Disp. ent.-v. et test., n° 211.

(2) *Comment. sur la cout. de Bourbonnais*, art. 224.

C'est en vain qu'on invoquerait avec Merlin l'article 1121 qui permet de stipuler au profit d'un tiers lorsque telle est la condition d'une donation que l'on fait à un autre, car si cet article peut bien valider une stipulation faite pour autrui et même dispenser certaines donations entre-vifs des formes habituellement requises, il ne saurait cependant donner le moyen de faire indirectement ce que la loi défend de faire directement ni faire passer en fraude des dispositions manquant au fond des conditions essentielles (1).

Mais à qui profitera la part qui devait revenir au tiers associé? Sera-ce aux héritiers *ab intestat* du donateur ou bien à l'époux institué? On admet généralement qu'elle accroîtra aux héritiers *ab intestat*. Pour se ranger à l'opinion contraire, il faudrait dire que la clause d'association est une condition illicite et qu'aux termes de l'article 900, cette condition devant être réputée non écrite, il y a lieu de faire profiter l'époux donataire de l'institution intégrale. Mais ce point de vue serait inexact; la clause d'association n'est pas une véritable charge de l'institution, c'est une institution distincte. La première, directe et légale, s'adresse à l'enfant qui se marie, la seconde, indirecte et illégale, se cache sous le masque de l'association pour arriver jusqu'aux tiers; la première seule vaudra et l'autre sera non avenue non comme condition illicite, mais en tant qu'institution faite en fraude de la loi et hors des cas qu'elle autorise.

(1) V. en ce sens Duranton, n° 694; Troplong, n°s 2361 et suiv.; Marcadé, n° 287; Demolombe, n° 294; Laurent, n° 207; Baudry et Colin, n° 3899; — Bourges, 19 déc. 1821, Dalloz, *Répert.*, Disp. ent.-v. et test., n° 2115. — *Contra*, Merlin, *Répert. Inst. contr.*, § 5, n° 9.

Il n'y a donc pas lieu d'appliquer l'article 900, mais d'attribuer les biens provenant de l'institution caduque selon les indications probables du disposant. Mais il est certain que celui-ci n'entendait pas le plus souvent faire bénéficier l'époux institué de la part des associés. En effet, la clause d'association est faite ordinairement au profit de ses autres enfants par un père qui marie l'un d'eux ; les associés sont donc les héritiers *ab intestat* de l'instituant, et celui-ci, loin de vouloir les dépouiller, a désiré au contraire leur assurer le bénéfice de sa succession. Les biens que ne recueilleront pas les associés resteront donc dans la succession *ab intestat*. Il en serait pourtant autrement si l'on pouvait inférer des circonstances ou, à plus forte raison, des termes mêmes de la disposition que l'instituant entendait gratifier l'époux à tout événement et que la charge d'associer un tiers n'était qu'une simple condition accessoire. Ce cas pourra s'appliquer spécialement lorsque le disposant ne sera pas parent de l'associé (1).

III. Une dernière question à propos de la capacité des personnes qui figurent dans une institution contractuelle : à quelle époque faut-il se placer pour apprécier la capacité de disposer dans la personne du donateur et celle de recevoir dans la personne du donataire ? Les donations de biens à venir tenant à la fois des dispositions entre-vifs et des testaments, on peut se demander en effet si la capacité des parties doit être requise au moment du contrat ou à la mort de l'instituant. Demante

(1) V. Troplong, n° 2362 ; Massé et Vergé, p. 323 ; Demolombe, n° 295 ; Laurent, n° 207, Baudry et Colin, n° 3899 ; — Bourges, 19 déc. 1821, Dalloz, *Répert.*, loc. cit., — *Contra*, Merlin, loc. cit. ; Marcadé, n° 288.

a d'abord soutenu qu'il fallait exiger la capacité du seul donateur à l'époque de la donation et celle des deux parties au décès du donateur ; mais cette théorie est inadmissible, car elle méconnaît absolument le caractère contractuel de l'institution. Aussi son auteur lui-même l'a-t-il abandonnée pour se rallier au système suivant : le donateur et le donataire doivent être l'un et l'autre capables au moment du contrat de mariage, mais il suffit que le donataire soit capable de recevoir à l'époque de la mort du donateur. Celui-ci peut donc devenir incapable immédiatement après la donation ; son rôle est terminé et le bénéfice de la disposition n'en reste pas moins assuré au donataire (1).

Cette dernière déduction est juste, mais nous croyons qu'il faut aller plus loin et n'exiger la capacité de recevoir chez le donataire, comme celle de disposer chez le donateur, qu'à l'époque seulement de l'institution. En effet, bien qu'elle participe de la nature du testament par son caractère éventuel et aléatoire, la donation de biens à venir n'en est pas moins une véritable donation entre-vifs qui se forme d'une manière certaine et irrévocable au jour même du contrat de mariage par le consentement réciproque du donateur et de l'institué. C'est donc au moment de la donation qu'il faut se placer pour apprécier la capacité des parties. Si l'une ou l'autre était incapable à ce moment, son consentement ne serait pas valable et le contrat ne se formerait pas. Mais qu'importe à l'inverse que le donataire devienne par la suite incapable de recevoir et le donateur incapable de disposer, puisque la disposition est d'ores et déjà parfaite, que le

(1) Demante, *loc. cit.*, t. IV, n° 264 ; Troplong, n° 2494.

donateur s'est dépouillé irrévocablement et que le donataire a un droit acquis? « Ce qui fait l'objet de la donation de biens à venir, dit M. Demolombe, c'est la succession du donateur; c'est un droit héréditaire dans cette succession. Donc il suffit désormais pour que la donation produise son effet que le donateur, lors de son décès, soit capable de transmettre sa succession et que le donataire qui lui survit soit capable de la recueillir. Or c'est le droit de recueillir qui lui a été donné, et il est un héritier contractuel dans la personne duquel il n'y a, sous le rapport de la capacité, rien de plus à exiger que dans la personne de l'héritier légitime » (1).

Il y a plusieurs conséquences à tirer de cette théorie. Avant la loi du 31 mai 1854, le donataire condamné à une peine entraînant mort civile perdait le droit de recueillir l'institution contractuelle, car l'article 25 du code aboli par la loi précitée décidait : « Par la mort civile le condamné perd la propriété de tous les biens qu'il possédait... Il ne peut plus recueillir aucune succession... » L'institution était donc caduque. Au contraire, la loi de 1854, en abolissant la mort civile, a rendu au donataire condamné à une peine afflictive perpétuelle le droit de bénéficier de l'institution contractuelle. En effet, l'article 3 de cette loi prive le condamné du droit de recevoir par donation entre-vifs ou testament, mais ne lui enlève pas celui de recueillir une succession. C'est d'ailleurs ce que le rapporteur de la loi de 1854 a formellement déclaré : « Quant aux donations faites par contrat de mariage à celui qui aurait été condamné depuis,

(1) Demolombe, n° 394; Bonnet, *Des disposit. par contr. de mar. et des disposit. ent. époux*, n°s 415 et suiv.

elles seront exécutées, même les institutions contractuelles. » Pour ce qui est du donateur condamné à une peine afflictive perpétuelle, il restait capable, même avant la loi de 1854, de transmettre par succession les biens acquis par lui antérieurement à sa condamnation ; celle-ci n'avait donc aucune influence sur les droits acquis à l'institué. Il en est encore ainsi depuis l'abolition de la mort civile ; par contre, à présent comme dans la législation précédente, il reste bien évident qu'un individu condamné à une peine afflictive perpétuelle ne pourrait faire une institution contractuelle après sa condamnation, pas plus qu'il n'en pourrait bénéficier. Car nous avons vu que, l'article 3 de la loi du 31 mai 1854, comme l'ancien article 25 du code civil, prive le condamné à une peine afflictive perpétuelle du droit de disposer de ses biens en tout ou en partie, soit par donation entre-vifs, soit par testament, comme de celui de recevoir à ce même titre, sauf pour cause d'aliments. Il est même permis de regretter que la loi n'ait pas excepté les institutions contractuelles qu'un condamné voudrait faire pour l'établissement de ses enfants ; cependant il existe un correctif à la sévérité du législateur dans la faculté laissée par l'article 4 au chef de l'État de relever le condamné de tout ou partie des incapacités de l'article précédent.

Quid des condamnés à une peine afflictive ou infamante temporaire et comme tels soumis à l'interdiction légale de l'article 29 du code pénal ? Il y a trois systèmes sur leur situation. Le premier soutient que l'interdiction n'a pour effet que de retirer l'administration de ses biens au condamné ; le second prétend au contraire que le condamné perd également l'exercice de ses droits

civils ; quant au troisième, qui nous semble préférable, il s'appuie sur les intentions du législateur pour distinguer entre les aliénations entre-vifs et les dispositions testamentaires ; il laisse à l'interdit légal le droit de tester mais lui retire celui de s'obliger, de contracter ou de donner entre-vifs. Conformément à cette théorie et aux principes que nous avons exposés plus haut, il semblerait que nous devrions dénier à l'interdit légal le droit de faire une institution contractuelle. Cependant nous préférons admettre la solution contraire (1). Et là encore nous invoquerons les motifs de la loi. Celle-ci a voulu premièrement pourvoir à l'administration des biens du condamné laissés à l'abandon et deuxièmement l'empêcher de se procurer de l'argent dans le but de se faire une vie large et facile là où il doit mener une vie d'expiation ou dans celui de préparer son évasion par des largesses intéressées. Or, l'institution contractuelle ne peut contrarier les vues du législateur ; il n'existe donc pas de raisons pour la proscrire ; elle rentre dans les actes dont l'exercice doit être laissé au condamné.

§ 4. — *Cas de nullité de l'institution contractuelle.*

Nous venons d'examiner quelles étaient les conditions requises par la loi pour la validité des institutions contractuelles, il nous reste à dire quel sera le sort de celles où elles n'auront pas été observées. La rigueur de la loi sera plus ou moins grande selon la nature de la condition omise. S'il s'agit d'une institution faite par acte

(1) V. en ce sens Anouilh, *De l'institut. contract. dans l'anc. dr. fr. et le code Napol.*, III^e part., sect. 2, p. 63 et 64.

sous seings privés ou par acte authentique nul comme tel, elle sera nulle de nullité radicale, c'est-à-dire inexistante. La même solution doit être donnée au cas où les enfants à naître du mariage sont institués *omnisso medio*, c'est-à-dire à l'exclusion des époux eux-mêmes. L'institution serait au contraire simplement annulable si elle avait été faite par un incapable, un mineur, une femme mariée, sans l'autorisation de son mari, un prodigue, sans l'assistance de son conseil judiciaire. Mais que décider relativement à une donation de biens à venir faite dans un acte autre qu'un contrat de mariage? Demolombe enseigne qu'elle est seulement annulable; Laurent prétend au contraire qu'elle est radicalement nulle. C'est, dit-il, une institution d'héritier par contrat, c'est-à-dire une convention sur succession future en dehors des conditions sous lesquelles la loi l'autorise, donc un pacte successoire; or le pacte successoire est inexistant. Cette manière de voir semble assez juste, cependant il est peut-être plus exact avec Aubry et Rau de se fonder sur l'article 943 qui prohibe en général les donations de biens à venir. Quoi qu'il en soit, nous admettons avec Laurent qu'il s'agit bien ici d'une nullité absolue. La même question se pose à propos d'une institution faite au profit de personnes autres que les futurs époux et les enfants à naître de leur mariage; elle doit être résolue de la même façon et pour les mêmes motifs.

Dans le cas d'annulabilité simple, l'action en nullité peut être exercée tant par le donateur incapable que par ses héritiers légitimes. Si c'est le donateur qui intente l'action, il y aura lieu d'appliquer l'article 1304 qui accorde un délai de dix ans à partir du jour où la cause de l'incapacité a pris fin. Si ce sont les héritiers, l'action ne

s'ouvrira évidemment que par la mort du donateur ; mais sera-t-elle limitée à dix années ? Cela revient à se demander si les héritiers ont été parties à l'acte consenti par le défunt, s'ils ont été représentés par lui, auquel cas ils ne font qu'exercer son action et sont comme lui soumis à la prescription de dix ans ; sinon ils restent sous l'empire du droit commun et ne sont forclos que par la prescription de trente ans régie par l'article 2262. En général les héritiers sont censés être parties dans les actes consentis par le défunt, mais il n'en saurait être ainsi dans les actes gratuits par lesquels le disposant les dépouille des droits qui leur sont attribués par la loi. Par conséquent il nous faut admettre ici, en faveur des héritiers, une action spéciale qui leur vient non du défunt mais de la loi elle-même, et cette action n'étant limitée par aucun texte dure trente ans à partir de la mort de l'instituant (1). Puisque les héritiers ont un droit propre, cette prescription de trente ans ne commence à courir que du jour de la mort du donateur ; quant à l'action du donateur lui-même, elle commence, nous l'avons dit, à se prescrire le jour où l'incapacité du donateur a pris fin.

C'est en vain qu'on oppose qu'aux termes de l'article 2257 la prescription ne court point contre les créances dépendant d'une condition suspensive jusqu'à l'arrivée de la condition, car ici le donateur n'a pas de créance contre l'institué. « Lié, dit M. Laurent, par un contrat qui ne lui permet pas de disposer à titre gratuit, il en demande la nullité afin de pouvoir faire de nouvelles dis-

(1) V. en ce sens Laurent, *loc. cit.*, nos 240 et 241 ; Demante, *loc. cit.*, n° 296.

positions ; rien ne l'empêche d'agir immédiatement et il y a intérêt afin de reprendre le libre exercice de son droit de propriété, c'est dire qu'il est dans le droit commun et non dans l'exception prévue par l'article 2257 ».

SECTION II

EFFETS DE L'INSTITUTION CONTRACTUELLE

Après avoir étudié les conditions de validité de l'institution contractuelle et la nullité qui découle de leur inobservation, nous allons déterminer les effets produits par une institution faite suivant les formes requises. Pour les apprécier sainement, il faut se rappeler le véritable caractère de la disposition que nous étudions : c'est un don irrévocable de succession, *datio successionis* ; elle ne confère à l'institué aucun droit actuel, mais seulement un droit éventuel qui l'assimile à un héritier présomptif réservataire. Nous allons rechercher à la lueur de ces principes quels sont les effets produits par une institution contractuelle, premièrement, vis-à-vis de l'instituant ; deuxièmement vis-à-vis de l'institué.

§ 1. — *Effets produits à l'égard de l'instituant.*

Il ne s'opère aucune transmission entre-vifs des biens du donateur au donataire, et le donateur conserve jusqu'à sa mort la propriété des biens qu'ils possédait à l'époque de l'institution, comme de ceux qu'il acquiert dans la suite. Cependant, comme nous le verrons, le droit de propriété du donateur n'est plus intact, car il

lui manque dorénavant la faculté de disposer à titre gratuit. Pour ce qui est des actes à titre onéreux, la liberté du donateur reste entière; il peut vendre, échanger, hypothéquer, contracter des obligations, constituer des servitudes; il peut plaider, transiger, compromettre, etc.; il peut même céder ses biens moyennant une rente viagère. En vain objecterait-on qu'une pareille vente équivaut à une révocation de l'institution contractuelle, parce qu'elle ne laissera rien dans la succession de l'instituant; l'article 1083 autorise, sans distinction aucune, les aliénations à titre onéreux et tel est le caractère de la vente à charge de rente viagère. L'article 1106 définit en effet le contrat à titre onéreux : « Celui qui assujettit chacune des parties à donner ou à faire quelque chose ». Et l'article 1968 dit de son côté : « La rente viagère peut être constituée à titre onéreux moyennant une somme d'argent ou pour une chose mobilière appréciable, ou pour un immeuble. » S'il n'est pas permis à l'instituant de révoquer directement l'institution, il peut la révoquer indirectement en vendant ses biens pour en dépenser le prix : la vente moyennant une rente viagère revient à cela.

Cependant l'institué doit être admis à prouver que l'aliénation n'est pas sérieuse et qu'elle couvre une fraude à l'institution contractuelle; en effet le donateur ne peut faire de libéralités sous forme de contrat à titre onéreux et si le taux de la rente viagère est si bas qu'il apparaît nettement que la prétendue vente n'est qu'une donation déguisée, les tribunaux auront le droit de l'annuler (1). On s'est demandé à ce propos si l'aliéna-

(1) V. Duranton, n° 711; Troplong, n° 2354; Aubry et Rau, p. 74, § 739; Demolombe, n° 312; Laurent, n° 213. — Cassat.,

tion à charge de rente viagère faite au profit d'un successeur en ligne directe ne devait pas, conformément à l'article 918, être réputée faite à titre gratuit. M. Demolombe admet la négative par la raison que la présomption légale de l'article 918 n'a été établie que dans l'intérêt des successeurs en ligne directe, c'est-à-dire des héritiers *ab intestat*. D'après les principes généraux, elle ne saurait donc être étendue en dehors des cas pour lesquels elle a été créée et l'institué contractuellement ne peut s'en prévaloir (1).

De même que les héritiers ont le droit de poursuivre l'annulation d'une donation faite sous le couvert d'une vente, de même ils peuvent faire déclarer qu'une hypothèque, une servitude ou un droit réel quelconque constitue une libéralité déguisée et l'annulation s'en suivra sans qu'il soit besoin de prouver la complicité du tiers dans la fraude. Mais M. Laurent se demande si, en outre de cette action qui naît de l'article 1083, les héritiers n'ont pas l'action paulienne. Évidemment non, car les héritiers ne sont pas créanciers du *de cujus*; le donateur peut user et abuser de ses biens pourvu qu'il ne fasse pas de donation. Il s'ensuit que le droit du donataire est fort aléatoire, car le bénéfice qu'il doit retirer de l'institution contractuelle faite en sa faveur est subordonné tout entier à la bonne foi du donateur et à l'habileté plus ou moins grande qu'il apporte dans la gestion de sa fortune.

Aussi s'est-on demandé s'il n'y avait pas moyen de

15 nov. 1836 et Riom, 4 nov. 1810, Dall., *Répert. alph.*, loc. cit., n° 2070.

(1) V. dans le même sens Duranton, n° 714 et Aubry et Rau, p. 75.

donner plus de certitude au droit de l'institué et s'il ne serait pas permis au donateur de renoncer, en tout ou en partie, au droit de disposer à titre onéreux. Troplong dit à ce propos : « Le disposant conserve la liberté et le pouvoir de vendre et d'engager ses biens comme il lui plaît... à moins toutefois qu'il n'ait apporté lui-même dans le contrat de mariage des limites à ce droit, par exemple en promettant à son fils de ne pas faire d'aliénations sans le consentement de celui-ci. Pour le dire en passant, nous n'avons aucun doute sur la validité d'une telle clause... L'instituant aurait pu donner sa chose irrévocablement, ou bien il aurait pu la donner en se réservant l'usufruit ; pourquoi lui serait-il défendu de s'engager par une promesse qui le rapproche d'un usufruitier ? On ne peut voir dans tout ceci rien qui blesse la morale, l'ordre public et les lois. » De même Bonnet dit que la renonciation à la faculté de disposer à titre onéreux aura pour effet « de convertir la disposition en une donation de la nue-propriété des biens présents et des biens à venir. » Mais il n'est pas permis de décomposer ainsi la disposition de l'instituant et d'en changer la nature. En réalité le donateur a fait une seule donation qui est une donation de biens à venir et à cette donation il a ajouté une condition par laquelle il se frappe d'une incapacité générale ou partielle de disposer à titre onéreux. Il s'agit uniquement de savoir si cette condition est licite. Il semble bien que non, car elle n'est pas admise formellement par la loi. Aucun texte n'autorise le donateur à renoncer à la faculté d'aliéner ses biens présents et à venir, donc une pareille renonciation est interdite parce qu'elle constitue un pacte sur succession future. C'est à tort que pour justifier son

opinion Troplong affirme que l'instituant aurait pu donner tous ses biens irrévocablement ou sous réserve d'usufruit, car il n'aurait pu donner ainsi que les biens présents et non les biens à venir. Donc l'analogie qu'il prétend tirer de cette disposition avec celle qui nous occupe n'existe pas et son raisonnement s'écroule.

Si le donateur veut donner une certaine stabilité au droit de l'institué, il doit faire une donation de biens présents ou une donation cumulative de biens présents et à venir. La convention défendue par Troplong est contraire à l'ordre public, car elle aboutit à mettre les biens du donateur hors du commerce pendant toute sa vie, puisque le donateur s'est dépouillé du droit de les aliéner et que le donataire n'aura ce droit qu'à la mort du donateur. D'ailleurs on peut trouver contre cette théorie un puissant argument dans les travaux préparatoires du code. Le texte primitif de l'article 1083 *in fine* autorisait formellement le donateur à renoncer totalement ou en partie à la faculté de disposer à titre onéreux; or cette autorisation a disparu dans la rédaction définitive (1).

Mais si l'instituant conserve le droit d'aliéner à titre onéreux, il s'interdit en principe tout acte pouvant porter atteinte à l'irrévocabilité de l'institution directement ou indirectement, donc tout acte de disposition à titre gratuit. Non seulement il ne peut révoquer directement la première institution, ce qui serait évidemment contraire à son caractère contractuel, mais encore il ne peut

(1) V. Duranton, n° 712 et 713; Marcadé, n° 293; Demolombe, n° 314; Laurent, n° 215; Baudry et Colin, n° 3919; — Riou, 4 déc. 1810, Dall., *Répert.*, loc. cit., n° 2070. — En sens contr. : Troplong, n° 2349; Bonnet, n° 422; — Toulouse, 18 janv. 1820, Dall., *Répert.*, loc. cit., n° 2074.

faire une institution nouvelle au détriment de la première, car ce serait une révocation indirecte. Il ne peut donc plus faire aucune institution quand la première porte sur tous les biens; cependant il faudrait excepter le cas où la seconde serait subordonnée à la caducité de la première, par exemple à la condition du décès du premier institué à l'instituant (1). Le donateur ne pourrait davantage disposer par testament à titre universel, quel que soit d'ailleurs la quotité de la disposition et si minime soit-elle, s'il avait fait une institution contractuelle sur tous ses biens. Il n'y aurait pas lieu à réduction mais à annulation totale de la libéralité, car l'instituant n'a plus le droit, après avoir donné tous ses biens, de disposer à nouveau d'une quotité de ces mêmes biens. C'est la doctrine de l'ancien droit exprimée par Dumoulin sur l'article 34, chapitre xiv, de la coutume d'Auvergne : « Non potest dare coheredem, etiam particularem, nisi ut legatarium vel donatarium certæ rei ». L'article 1083 permet, nous allons le voir, de disposer « *pour sommes modiques* », mais c'est seulement à titre particulier, comme l'expression même l'indique (2).

Même à titre particulier, l'instituant ne peut en principe faire d'institution nouvelle, de donation ni de testament portant atteinte à l'institution contractuelle; cette interdiction est formellement établie dans l'article 1083, et elle était nécessaire pour donner au droit du donataire quelque stabilité. Mais si l'institution porte

(1) Sic Laurent, n° 216; — Cassat., 29 nov. 1858, *Dall.*, 1859, 1, 132.

(2) V. Demolombe, n° 349; Laurent, n° 217; — Cass., 23 fév. 1848 et Rouen, 24 mai 1844, *Dall.*, *Répert.*, loc. cit., n° 2080.

sur tous les biens, le donateur se trouvera placé dans une situation fort gênante ; il lui sera impossible de rémunérer un service quelconque et même de faire les cadeaux d'usage ! La loi a pourvu à cette objection et l'article 1083 formule l'exception à côté de la règle : « La donation dans la forme portée au précédent article sera irrévocable en ce sens seulement que le donateur ne pourra plus disposer à titre gratuit des objets, compris dans la donation, si ce n'est pour sommes modiques, à titre de récompense ou autrement ». La loi ne prévoit pas limitativement les cas dans lesquels l'instituant pourra donner malgré l'institution ; elle se borne à déclarer que cela ne vaudra que pour sommes modiques. Il s'ensuit qu'il n'y a pas lieu de se préoccuper du motif de la donation, mais uniquement de sa quotité. Cependant il est clair qu'il faut un motif légitime et qu'une donation frauduleuse, faite dans le seul but de porter préjudice à l'institué devrait être annulée ; c'est à ceux qui invoquent la fraude à la prouver et les juges du fait ont là-dessus la plus grande liberté d'appréciation.

L'exception de l'article 1083 est fondée sur la volonté présumée du donateur. Celui-ci n'a évidemment pas entendu se priver de la faculté de disposer de sommes modiques à titre particulier et se mettre ainsi hors d'état de reconnaître un bienfait et de remplir ses devoirs sociaux. Cette atténuation à la rigueur de la défense d'aliéner à titre gratuit était admise dans notre ancien droit d'une manière générale, ainsi qu'en témoigne la note de Dumoulin sur l'article 222 de la coutume de Bourbonnais : « Non impeditur quædam particularia legare, manente institutione in sua quota ». Il est d'ailleurs à remarquer que l'expression *sommes modiques* doit être

interprétée dans un sens large. On doit admettre que l'instituant peut disposer non pas seulement de deniers mais aussi d'objets mobiliers ou même immobiliers, pourvu que la valeur en soit modique. Cette modicité même doit être appréciée par les juges du fait eu égard aux éléments de la cause; elle variera notamment avec l'importance de l'institution et la fortune du disposant et aussi avec la nature du service à récompenser (1). Si la donation à titre particulier, même en tenant compte de tous ces éléments, était regardée comme excessive, il ne s'agirait plus, comme tout à l'heure pour les dispositions à titre universel, de l'annuler mais simplement de la réduire à un taux raisonnable.

Dans le silence de l'institution, le donateur ne peut disposer à titre gratuit que de sommes modiques, mais il va sans dire qu'il pourrait se réserver expressément des droits plus étendus. L'article 1086 permet au disposant de grever l'époux donataire de toutes les dettes et charges de sa succession future; il lui permet également d'imposer à l'institué toutes sortes de conditions, même potestatives, et de se réserver la libre disposition d'un objet quelconque parmi les biens donnés ou d'une somme fixe à prendre sur ces biens. Ces clauses seraient prohibées dans une donation ordinaire, comme contraires à la maxime *donner et retenir ne vaut*, mais elles sont autorisées ici en faveur du mariage, et si le donateur vient à mourir sans avoir usé du droit de disposition qu'il s'était réservé sur certains biens, ces biens sont censés

(1) V. Duranton, n° 704, Troplong, n° 3250; Marcadé, n°s 291 et 292; Aubry et Rau, p. 74, § 739; Demolombe, n°s 317 et 318; Laurent, n° 221; Baudry et Colin, n°s 3913 et suiv.

compris en l'institution et reviennent au donataire.

Notons cependant que le donataire n'est pas absolument obligé de remplir les conditions mises par le donateur à sa libéralité. Autrement il pourrait arriver que, loin de lui procurer un émolument, la donation lui serait une cause de perte. Aussi l'article 1086 lui permet-il de renoncer à la donation et de s'affranchir par là des charges qui la grèvent. Supposons par exemple un donateur qui a stipulé du donataire l'obligation de payer toutes les dettes qu'il laissera à son décès ; s'il vient à s'obliger pour une somme supérieure au montant de l'institution, le donataire aura le droit de renoncer à une libéralité devenue pour lui ruineuse. C'est là une exception apportée par le législateur à l'irrévocabilité des contrats ; mais elle se justifie aisément par cette considération que l'institué ne pouvait savoir jusqu'où monteraient des charges indéterminées jusqu'à la mort du donateur et qu'il est à présumer qu'il n'a pas entendu s'obliger d'avance à les acquitter indéfiniment, même au cas où elles dépasseraient l'émolument.

Si le donateur s'est réservé la libre disposition d'une somme ou d'un objet compris dans l'institution, il n'en conserve pas moins la faculté de disposer du surplus à titre onéreux. Il conserve même, suivant la majorité des auteurs, celle de disposer à titre gratuit dans les limites de l'article 1083. Mais voici, par exemple, Pierre qui, par contrat de mariage, institue Paul dans la moitié de la fortune qu'il laissera à sa mort, en se réservant de disposer là-dessus d'une somme de 40,000 francs ; puis il vient à décéder, laissant une fortune de 80,000 francs, et dans son testament il fait à un tiers un legs de 5, 10 ou 15,000 francs ; devra-t-on, jusqu'à concurrence de

40.000 francs, imputer le legs sur l'institution contractuelle ou sur les autres 40.000 francs? A moins de preuve contraire, c'est sur le surplus de sa fortune que devra s'imputer la libéralité du testateur et non sur les biens faisant partie de l'institution contractuelle, car on ne peut présumer la révocation de la libéralité sans une indication certaine de la part du testateur. *Quid* si les libéralités du testateur dépassent les limites dans lesquelles il a restreint sa faculté de disposer? Par exemple si, dans le cas précédent, Pierre a fait un legs de 60.000 francs? Il va sans dire que la libéralité sera alors réductible et devra être ramenée dans les limites conventionnelles (1).

§ 2. — *Effets produits à l'égard de l'institué.*

I. *Pendant la vie de l'instituant.* — « Il faut, disait Jaubert parlant des effets de l'institution contractuelle dans son rapport au Tribunat, distinguer le titre et l'émolument. Le titre est irrévocable... quant à l'émolument, il ne pourra être véritablement connu qu'au décès... » Le titre, c'est la qualité d'héritier et il est irrévocable car l'instituant ne peut faire un nouvel héritier ni dépouiller l'institué par des libéralités nouvelles; quant à l'émolument, ce sont les biens que l'institué est appelé à recueillir à la mort du donateur; il est nécessairement variable, puisque le donateur conserve le droit de disposer à titre onéreux. C'est d'après cette distinction qu'il faut déterminer les droits de l'institué durant la vie de l'instituant.

(1) V. Troplong, n° 2463; Demolombe, n° 381 et suiv.

Ses droits ne sont guère différents de ceux d'un héritier *ab intestat* ou d'un légataire. Il est vrai que son titre est irrévocable et que par conséquent il ne peut lui être enlevé, tandis que celui de l'héritier *ab intestat* est à la merci d'une loi nouvelle et celui du légataire livré au caprice du testateur ; ceux-ci n'ont qu'une simple espérance, tandis que lui a un droit acquis. Mais pratiquement, jusqu'au décès du donateur, l'institué est à peu près assimilé à un héritier ordinaire. Il ne peut aliéner les biens compris dans son institution, ni les hypothéquer ; il ne peut s'obliger sur ces biens, ni compromettre, ni transiger. Il n'a pas le droit d'en percevoir les fruits, de les administrer ni d'en jouir d'aucune manière. Il ne peut faire opposition aux ventes, échanges, hypothèques, obligations contractées par l'instituant sur ces biens. Si l'instituant les donne au mépris de l'institution contractuelle le donataire n'aura pas même le droit d'agir en nullité. C'est seulement après la mort du donateur qu'il pourra faire tomber ces donations. Peut-il du moins, en vertu de l'article 1180, prendre des mesures conservatoires ? Nullement, car il faudrait pour cela que le droit de l'institué fût conditionnel ; or, dit M. Laurent, s'il en était ainsi « il rétroagirait au jour du contrat lorsque la condition se réaliserait, c'est-à-dire lorsqu'il survivrait au donateur ; il serait donc propriétaire à partir de la donation ; par suite le donateur cesserait de l'être et tous les actes de disposition qu'il aurait faits viendraient à tomber. Or, l'article 1083 dit le contraire, puisqu'il en résulte implicitement que le donateur conserve la libre disposition de ses biens à titre onéreux ».

Mais puisque l'héritier contractuel est propriétaire de

son titre dès le jour de l'institution, ne peut-il pas l'aliéner ou y renoncer pendant la vie de l'instituant ? Les principes généraux conduiraient à se prononcer en faveur de l'affirmative et Aubry et Rau l'ont énergiquement défendue (1). Cependant ces auteurs font quelques distinctions. D'abord la renonciation ne pourrait jamais nuire au conjoint de l'institué et aux enfants nés et à naître du mariage, ni les priver du bénéfice qu'ils sont en droit de retirer de l'institution contractuelle ; ensuite la renonciation ne pourrait être faite au profit de l'instituant ou de ses héritiers *ab intestat*. Mais ces distinctions n'ont aucune base dans la loi et l'immense majorité des auteurs ne reconnaissent en aucun cas à l'institué le droit de renoncer à son titre ou de l'aliéner du vivant du donateur (2). Il est vrai que le titre de l'héritier contractuel est irrévocable, mais ce titre porte sur un droit éventuel, sur un droit de succession ; or, l'article 794 dispose : « On ne peut, même par contrat de mariage, renoncer à la succession d'un homme vivant ni aliéner les droits éventuels qu'on peut avoir à cette succession ». En vain objecte-t-on que le droit dont il s'agit est un droit conventionnel : le code ne distingue pas, il prohibe les stipulations sur les successions, quelle que soit l'origine du titre de l'héritier, loi, contrat ou testament. En vain prétendrait-on que le *de cujus* a consenti implicitement au trafic de sa succession parce qu'en instituant un héritier contractuel il a mis en quelque sorte son hérédité dans le commerce ; l'article 1130

(1) Aubry et Rau (3^e édit.), p. 263 et suiv.

(2) D'ailleurs MM. Aubry et Rau ont changé d'avis dans la 4^e édit. de leur ouvrage, t. VIII, p. 78, § 739.

précise : « On ne peut renoncer à une succession non ouverte, ni faire aucune stipulation sur une pareille succession, même avec le consentement de celui de la succession duquel il s'agit » (1). « Quoiqu'il y ait un héritier, dit M. Laurent, il n'y a pas d'hérédité, puisque celui qui a institué un héritier vit encore; or, tant que l'hérédité n'est pas ouverte, elle ne peut être vendue. »

Ce qui prouve bien le caractère éventuel du droit de l'institué, c'est qu'il conserve le droit de renoncer à la succession; jusqu'à ce que celle-ci soit ouverte, il n'est héritier qu'à l'égard du donateur qui ne peut plus l'en priver; il ne l'est pas à l'égard des tiers et ne peut par conséquent leur céder ses droits. Il ne peut davantage y renoncer, car renoncer c'est aliéner. D'où l'on doit conclure que l'institué ne peut autoriser l'instituant à disposer des biens compris en la donation au delà des limites fixées par l'article 1083; car ce serait là une renonciation partielle à une succession future, renonciation interdite par les articles 791 et 1130. Rien autrement ne serait plus facile au donateur que d'éluder les prescriptions de la loi et de priver le donataire d'une partie de la libéralité. Il lui suffirait de l'obliger à donner son consentement sous la menace de dissiper tous les biens compris en l'institution. Tel est le sens de la maxime de Dumoulin sur l'article 53, titre 12, de la coutume d'Auvergne : « Consensus hæredis, vivo testatore, videtur extortus et non valet ». Notre ancien droit fournit en effet un argument nouveau en faveur du système qui dénie à l'institué le droit de disposer de son titre durant

(1) V. égal. art. 1600.

la vie de l'instituant. Chabrol (1), Ricard (2), Lebrun (3) et la généralité des commentateurs des coutumes sont formels en ce sens. D'ailleurs, au point de vue des résultats, la doctrine contraire serait désastreuse; le conjoint qui aurait contracté sur l'espoir de l'institution s'en pourrait voir retirer le bénéfice; le donateur qui aurait disposé en faveur du mariage et des enfants à naître verrait le but qu'il se proposait manqué et sa fortune passant en des mains étrangères, sans parler des crimes auxquels la cupidité pourrait pousser le cessionnaire! Les partisans de l'affirmative ont senti eux-mêmes les inconvénients de leur doctrine et c'est pour cela qu'ils ont échafaudé tout un système de distinctions, mais nous avons montré leur arbitraire complet; il faut rejeter la doctrine tout entière si l'on ne veut pas en admettre les funestes résultats (4).

II. *A la mort de l'instituant.* — Comme une succession ordinaire, la succession contractuelle s'ouvre par la mort de l'instituant. Elle est soumise aux règles de l'article 715 du code civil, et les institués n'y sont appelés qu'à la condition de survivre au *de cuius*. Mais nous savons que les enfants sont tacitement substitués à l'in-

(1) *Comment. sur la cout. d'Auverg.*, t. XII, art. 53; t. XIV, art. 26.

(2) *Traité des donat.*, I, n° 774.

(3) *Traité des success.*, liv. III, chap. II, n° 28.

(4) V. en notre sens Troplong, n° 2355; Massé et Vergé, n° 326; Demolombe, n° 324; Laurent, n° 224 et 225; Baudry et Colin, n° 3925. — Cass., 16 août 1841, *Dall.*, *Répert.*, au mot *Obligation*, n° 447; Toulouse, 15 av. 1842, *Dall.*, 1842, 2, 228; Cass., 11 janv. 1853, *Dall.*, 1853, 1, 17; — *Contra*, Aubry et Rau (3^e édit.), p. 263 et suiv.; — Agen, 12 mai 1848, *Dall.*, 1848, 2, 188; Cass., 16 juill. 1849, *Dall.*, 1849, 1, 304.

stitution; il en résulte donc que celle-ci peut être recueillie soit par le ou les époux institués, soit par les enfants nés de leur mariage; autrement elle serait caduque. Si les époux institués tous les deux sont l'un et l'autre prédécédés où si le seul qui ait été institué est mort, la donation passe aux enfants; mais si des deux époux institués un seul est mort, y a-t-il lieu à accroissement au profit du conjoint survivant?

Il y a deux opinions en présence; la première applique ici les articles 1044 et 1045 et admet que la part du prédécédé accroîtra à l'époux survivant lorsque l'institution a été faite conjointement aux deux époux; la seconde écarte l'application des articles précités et n'admet jamais l'accroissement. Cette dernière opinion a pour représentants principaux MM. Coin-Delisle et Laurent (1). Voici leur argumentation: les articles 1044 et 1045 se fondent sur la volonté présumée du disposant; mais les présomptions sont de droit strict; or les articles 1044 et 1045 ne visent que les légataires; on ne peut donc, dans le silence du code, en étendre l'application aux époux institués par contrat, car ceux-ci sont des donataires. « Le donateur, dit encore M. Laurent, fait des héritiers par contrat; le titre d'héritier est donc acquis aux donataires dès que la donation est parfaite; voilà pourquoi on les appelle des héritiers contractuels. S'il y a deux héritiers contractuels, le droit d'hérédité se divise entre eux, comme les biens donnés par une donation entre-vifs se divisent entre les donataires; chacun sera donc héritier par moitié. Ainsi toute donation faite à deux donataires se divise nécessairement; dès lors il

(1) Coin-Delisle, art. 1082, n° 25; Laurent, n° 229.

n'y a pas de conjonction possible entre les donataires, et par suite pas d'accroissement ». Mais les légataires conjoints sont dans le même cas, le bien légué se divise entre eux et chacun est appelé à en recueillir une part égale; cependant, si l'un vient à prédécéder, sa part accroît aux autres d'après les articles 1044 et 1045. Il n'est pas possible d'écarter ici l'application de ces articles sous prétexte qu'ils sont de droit étroit; en effet, nous avons montré que l'institution contractuelle participant à la fois de la donation entre-vifs et du testament devait suivre tour à tour les règles de l'un ou de l'autre, suivant qu'au point de vue considéré elle se rapprochait le plus de celui-ci ou de celle-là. Or il est de toute évidence qu'au point de vue qui nous occupe l'institution contractuelle doit être assimilée au testament; pas plus que les légataires conjoints, les époux institués conjointement ne sont saisis durant la vie de l'instituant; leur droit s'ouvre au décès seulement de celui-ci, par conséquent les motifs sont les mêmes dans les deux cas pour admettre le droit d'accroissement.

La question déjà fort controversée dans notre ancien droit avait divisé les auteurs en deux camps à peu près égaux : d'un côté Ricard, E. de Laurière et Furgole qui tenaient pour l'accroissement, de l'autre Lebrun et Auroux des Pommiers qui le combattaient (1). Aujourd'hui la presque unanimité des auteurs se prononcent en faveur de l'affirmative (2).

Les enfants ne sont appelés qu'à défaut du ou des

(1) V. plus haut sect. 5, § 2, *in fine*.

(2) V. notam. Troplong, n° 2323; Aubry et Rau, p. 85, § 739; Demolombe, n° 326.

époux donataires; si le donataire survit, c'est lui qui hérite des biens compris dans l'institution, et le droit éventuel des enfants s'éteint. Dorénavant ceux-ci ne pourront recueillir les biens donnés que dans la succession de l'époux donataire et au même titre que les autres biens, c'est-à-dire non pas comme appelés à la substitution, mais comme héritiers de l'institué. Mais si l'époux institué vient au contraire à prédécéder, la vocation des enfants les fait arriver à la succession du donateur en qualité d'héritiers contractuels. Ce n'est pas en effet comme représentants du donataire qu'ils se présentent, puisque par son prédécès le donataire a empêché toute espèce de droits de se fixer sur sa tête, c'est comme étant eux-mêmes institués. Puisque les enfants jouissent d'un droit propre, nous en concluons qu'il peuvent recueillir l'institution alors même que leur père ou mère seraient exclus comme indignes, alors même qu'ils auraient renoncé à la succession de leur père ou mère institués en première ligne (1).

Il n'y a pas lieu de tenir compte, bien entendu, des enfants qui sont eux-mêmes décédés avant le donateur sans laisser de descendants, mais pour ceux qui en ont laissé, faut-il admettre le droit de représentation? Peut-être en pourrait-on douter d'après la stricte application des principes. En effet le code dit de la représentation qu'elle est une fiction de la loi; or les fictions ne peuvent résulter que d'un texte formel, et par conséquent il semble qu'ici rien ne nous autorise à faire intervenir la représentation; d'autant plus qu'il n'y a pas

(1) V. Aubry et Rau, p. 85, § 739; Demolombe, n° 327; Laurent, n° 239.

lieu d'appliquer à l'institution contractuelle les principes qui régissent les successions légitimes. Et puis la représentation n'est établie par la loi qu'en ligne directe et au profit des neveux et nièces, tandis que fréquemment l'institution contractuelle est faite par un étranger. La représentation cependant est admise par tous les auteurs au profit des descendants des enfants prédécédés. On peut la justifier par une très forte présomption de volonté de la part de l'instituant dont le but évident est de gratifier la postérité tout entière de l'institué ; on est d'ailleurs encouragé à admettre cette solution par la doctrine conforme de notre ancien droit (1). Les petits-enfants concourront donc avec les enfants, et dans ce cas le partage sera fait non pas par têtes, mais par souches.

Une question très voisine de celle-ci est de savoir si la renonciation doit avoir les mêmes effets que le prédécès et s'il faut en cette hypothèse appeler à l'hérédité les enfants et descendants à défaut des époux donataires. Là encore le texte même de la loi semble mener à une solution négative. L'article 1082 fait venir les enfants à la succession en cas de prédécès des époux donataires, mais il ne dit rien du cas où le droit s'étant ouvert en la personne des époux ceux-ci ont renoncé. La vocation des enfants, disent les partisans de la négative, s'est éteinte par la survie des donataires ; peu importe que ceux-ci exercent ensuite leur droit en acceptant ou en renonçant ; tout est ici de stricte interprétation et dans le silence du code on ne peut appeler les enfants que si le

(1) V. Duranton, n° 686 ; Demolombe, n° 328 ; Aubry et Rau, p. 85, § 739 ; Laurent, n° 233 ; Baudry et Colin, n° 3928.

donateur en a manifesté la volonté formelle (1). La majorité des auteurs tient cependant en sens contraire que les enfants et descendants des institués devront venir à la succession si leurs parents renoncent. La loi en n'appelant les enfants qu'au cas de prédécès des époux donataires a statué *de eo quod plerumque fit* ; mais son intention évidente, fondée sur l'intention présumée du donateur, est d'offrir le bénéfice de l'institution aux enfants et descendants toutes les fois que les institués ou substitués ne pourraient ou ne voudraient pas la recueillir. Nombreux sont d'ailleurs les articles du code où les mots *en cas de prédécès* sont synonymes de *à défaut*, et cela de l'aveu même de ceux qui combattent ici cette interprétation. On peut voir notamment dans ce sens les articles 750 et 759. Pourquoi donc alors ne pas admettre à propos de l'article 1082 une solution conforme aux principes de la matière, qui fait venir les enfants et descendants en vertu d'une substitution vulgaire tacite ? L'article 1089 ne porte-t-il pas : « Les donations faites à l'un des époux dans les termes des articles 1082, 1084 et 1086 ci-dessus deviendront caduques si le donateur survit à l'époux donataire et à sa postérité » ? N'est-il pas conforme aux règles de la substitution d'admettre une solution pareille dans le cas de renonciation et généralement toutes les fois que l'institué ne recueille pas l'hérédité contractuelle ?

En vain objecte-t-on que le code ne parle pas de substitution et que cette appellation appliquée à la vocation des enfants n'a rien d'exact, car la tradition tout en-

(1) V. en ce sens Coin-Delisle, n^{os} 43 et suiv. ; Bonnet, n^o 370 ; Laurent, n^o 234.

tière l'a consacrée et seule l'idée de substitution permet d'expliquer d'une manière satisfaisante la vocation héréditaire des enfants à naître du mariage. « Si les enfants, dit Demolombe, n'étaient pas présumés substitués vulgairement, même pour le cas de renonciation de l'époux donataire, le donateur ne pourrait pas les substituer pour ce cas, même de la manière la plus expresse, car il ne peut aller au delà des termes de la loi dans cette disposition exceptionnelle » (1).

Duranton admet la même solution lorsque l'époux donataire est indigne de succéder au donateur (2). Cela devrait être en effet, si l'article 727 était applicable aux donations contractuelles ; mais cette opinion est inadmissible. En effet cet article ne vise que les héritiers appelés par la loi et non ceux appelés par la volonté de l'homme. C'est donc l'article 955 qu'il faudrait invoquer, mais l'article 959 déclare précisément qu'il n'est pas applicable aux donations faites en faveur du mariage et que celles-ci ne sont pas révocables pour cause d'ingratitude. Il n'y a pas lieu, par conséquent, de se demander si les enfants seront appelés au défaut des donataires indignes (3).

Au décès du disposant, l'institué se trouve dans la situation exacte d'un héritier ordinaire ; il peut donc choisir entre trois partis : accepter purement et simplement, accepter sous bénéfice d'inventaire ou renoncer. Il paraît étrange à première vue que l'institué puisse

(1) V. en ce sens Duranton, n° 702 ; Troplong, n° 2357 ; Aubry et Rau, p. 69 et 87, § 739 ; Demolombe, n° 329 ; Baudry et Colin, n° 3929.

(2) V. Duranton, n° 702.

(3) V. en ce sens Bonnet, n° 270 ; Demolombe, n° 330.

prendre ce dernier parti ; n'a-t-il pas accepté déjà en acceptant l'institution dans le contrat de mariage ? Cependant cela s'explique fort bien ; ce que le donataire a accepté par contrat de mariage, c'est la qualité d'héritier, car l'institution contractuelle ne lui donne pas autre chose. Or, l'héritier peut accepter ou renoncer à la succession, voilà pourquoi l'institué le peut également. Comment se fera la renonciation ? L'article 784 porte : « La renonciation à une succession ne se présume pas ; elle ne peut plus être faite qu'au greffe du tribunal de première instance dans l'arrondissement duquel la succession s'est ouverte, sur un registre particulier tenu à cet effet ». Mais un parti dans la doctrine soutient que cet article n'est pas applicable à l'héritier contractuel ; cet article, dit-on, est d'interprétation stricte, car il déroge au droit commun qui permet de manifester son consentement de toute manière ; par conséquent, on ne doit pas l'étendre hors des cas prévus expressément par le législateur qui n'a visé que les successions *ab intestat*. L'héritier contractuel pourra donc renoncer expressément ou tacitement, sans être astreint à aucune formalité spéciale (1).

Mais il semble plus exact d'assimiler encore sur ce point l'héritier contractuel à l'héritier ordinaire, ou du moins à un légataire universel ou à titre universel, et de décider, comme le fait Demolombe à propos de ces légataires, qu'il y a lieu d'exiger de lui l'accomplissement des formalités prescrites par l'article 784. L'héritier

(1) V. en ce sens Laurent, *loc. cit.*, n° 325 et t. XIII, n°s 554 et suiv. ; — Cass., 24 nov. 1857, *Dall.*, 1857, 1, 425 ; Cass., 7 mai 1870, *Dall.*, 1871, 1, 56 ; Bourges, 27 mai 1892, *Dall.*, 1894, 2, 591.

contractuel est en effet *loco heredis*, il a le choix entre tous les partis qui s'offrent à l'héritier ordinaire, il doit donc suivre les mêmes règles que lui pour adopter l'un ou l'autre (1). Aussi devra-t-on donner pour l'acceptation bénéficiaire la même solution que pour la renonciation et appliquer ici l'article 793.

L'héritier contractuel peut-il renoncer après avoir accepté tout d'abord? Non, car il faut encore appliquer ici les principes admis dans les successions *ab intestat*; quand l'héritier a pris parti, sa situation est définitivement fixée et il ne peut plus se rétracter. Donc, s'il a accepté il ne lui est plus permis de renoncer, à moins que son acceptation n'ait été viciée (2).

Autre question : est-il permis à l'institué d'accepter pour partie et de renoncer pour partie? Évidemment non, cette doctrine était repoussée déjà sous notre ancien droit et les articles 1082, 1084 et 1085 combinés doivent encore la faire rejeter dans la législation actuelle.

Une grave controverse s'est élevée sur le point de savoir si les héritiers contractuels devaient avoir la saisine légale comme les héritiers légitimes ou naturels. La solution affirmative ne faisait aucun doute dans l'ancien droit : « L'héritier contractuel, disait Pothier, étant un vrai héritier lorsqu'il accepte la succession, il est censé saisi de même que tout autre héritier dès l'instant de la mort de l'instituant suivant la règle *Le mort*

(1) V. en ce sens Demolombe, *Tr. des donat.*, t. IV, n° 560 et t. V, n°s 327 et 328; Baudry et Colin, *loc. cit.*, n° 3924; — Riom, 26 juil. 1862, *Dall.*, 1862, 2, 146; Poitiers, 12 déc. 1887, *Dall.*, 1889, 2, 113; Cass., 17 déc. 1894, *Dall.*, 1895, 1, 228.

(2) V. Laurent, n° 236; — Cass., 11 et 12 janv. 1853, *Dall.*, 1853, 1, 17 et 21.

saisit le vif, et il peut se mettre en possession de tous les biens qui en dépendent sans en demander aucune délivrance. » Les coutumes avaient des dispositions formelles en ce sens, on peut voir notamment l'article 219 de la coutume du Bourbonnais et l'article 17 du chapitre xii de celle d'Auvergne, aussi l'ancienne doctrine était-elle unanime.

Les auteurs modernes sont au contraire fort divisés sur la question. Un premier système, à peu près abandonné aujourd'hui, soutenait que les héritiers contractuels devaient avoir la saisine comme les héritiers légitimes. On invoquait à l'appui de cette opinion la tradition qui toujours avait été dans ce sens. Mais cela ne saurait suffire en présence de l'article 724 qui ne l'accorde plus qu'aux héritiers légitimes (et aussi, depuis la loi des 25 mars 1896, aux héritiers naturels), alors surtout que le code ne donne même plus au donataire de biens à venir le nom d'héritier.

Aussi la doctrine la plus générale applique-t-elle aux institués contractuels les articles 1004, 1006, 1011 et 1014, les assimilant ainsi aux légataires. Par conséquent les institués n'auront la saisine que lorsqu'il n'y aura pas d'héritiers réservataires et à condition que l'institution soit universelle. Dans tous les autres cas, qu'il s'agisse soit d'un donataire à titre particulier ou à titre universel, soit d'un donataire universel en présence d'un héritier à réserve, il n'y a pas lieu d'accorder la saisine légale et l'institué devra former une demande en délivrance auprès des héritiers (1). Faute de cette demande,

(1) V. en ce sens Duranton, nos 719 et 720 ; Demolombe, n° 334 ; Baudry et Colin, n° 3931 et suiv.

l'institué ne pourrait ni entrer en possession des biens compris dans l'institution, ni intenter contre les tiers aucune action relative à ces biens, ni en percevoir les intérêts et les fruits.

Tous d'accord sur la première de ces conséquences, les partisans de la théorie que nous venons d'exposer se divisent sur les deux autres. Un grand nombre d'auteurs soutiennent que, même n'ayant pas la saisine légale, l'héritier contractuel est dispensé de former une demande en délivrance pour avoir droit aux fruits (1). Voici leur raisonnement : le droit commun inscrit dans l'article 547 attribue les fruits au propriétaire ; si la loi les accorde en certains cas au possesseur, c'est à titre exceptionnel et on ne doit pas étendre ses dispositions. Par suite, l'article 1014 qui donne exceptionnellement aux héritiers légitimes ou naturels les fruits des biens qu'ils doivent délivrer aux légataires ne doit pas être appliqué aux héritiers contractuels. Cependant, cette argumentation nous semble bien fragile, car il y a exactement les mêmes raisons pour appliquer l'article 1014 aux légataires et aux donataires de biens à venir. Cet article attribue les fruits à l'héritier comme conséquence de la saisine, il doit donc en bénéficier toutes les fois qu'il se trouve en présence d'un successeur non saisi (2).

Quant à Demolombe, il va plus loin encore et, tout en refusant la saisine légale à l'institué à titre particulier ou à titre universel, ainsi qu'à l'institué universel venant en concours avec des héritiers réservataires, il n'en pro-

(1) V. not. Demolombe, *loc. cit.*, et Laurent, n° 238.

(2) V. Duranton, *loc. cit.*, n°s 719 et 720 et Baudry, n°s 3931 et suiv.

fesse pas moins que l'institué, même quand il n'a pas la saisine, peut exercer contre les tiers les actions relatives aux biens compris dans l'institution. « S'ils n'ont pas, dit-il, la saisine légale, ils ont la saisine contractuelle qui est différente, et bien plus encore, qui est plus forte et qui l'emporte sur l'autre » (1). M. Laurent combat énergiquement cette théorie; mais à la suite de Colmet de Santerre, il va lui-même trop loin, et n'hésite pas à repousser toute assimilation entre l'héritier contractuel et le légataire. Jamais, d'après ces auteurs, l'institué n'aurait la saisine légale, jamais il ne serait dispensé de former sa demande en délivrance; il n'en faudrait pas même excepter le cas où l'institué universel ne se trouve en présence d'aucun héritier réservataire.

Pour établir cette proposition, on raisonne comme tout à l'heure à propos de l'attribution des fruits. La règle générale est que si la mort du *de cujus* suffit à transmettre la propriété, elle n'emporte pas de plein droit transmission de la possession. C'est exceptionnellement que l'article 724 saisit les héritiers légitimes et naturels des biens, droits et actions du défunt et que l'article 1006 accorde le même privilège au légataire universel qui n'a pas en face de lui d'héritier à réserve. Or, dit-on, l'institué contractuel n'est ni un héritier légitime ou naturel, ni un légataire; il ne peut donc prétendre à la saisine légale. Mais il semble difficile de se rallier à une interprétation de la loi aussi judaïque. Nous avons vu que le code était très sobre de détails sur la réglementation de l'institution contractuelle et qu'il y avait lieu de recourir pour la compléter tant à la tradi-

(1) Demolombe, *loc. cit.*, n° 334.

tion qu'aux articles du code qui concernent les autres dispositions à titre gratuit. Or, l'ancien droit coutumier qui, remarquons-le bien, n'accordait jamais la saisine aux légataires, en faisait bénéficier dans tous les cas les héritiers contractuels. D'un autre côté, il est évident qu'au point de vue auquel nous l'envisageons l'institution contractuelle n'a aucun rapport avec la donation entre-vifs et doit être assimilée complètement à une disposition testamentaire. Par conséquent, nous appliquerons, comme nous l'avons déjà fait mainte et mainte fois, les principes qui régissent ce mode de disposer et nous admettrons, avec la doctrine la plus générale, que le bénéfice de l'article 1006 doit être étendu à l'héritier contractuel.

Si l'institué ne peut agir du vivant du donateur, il le peut au contraire après sa mort, ou mieux à compter du moment où il est saisi. Il a le droit de réclamer aux tiers détenteurs les objets compris dans l'institution dont l'instituant a disposé à titre gratuit au delà des limites posées dans l'article 1083. L'action exercée par l'institué n'est pas une action en nullité, car les donations faites par l'instituant ne sont pas opposables à l'institué. Vis-à-vis de lui, le bien frauduleusement donné par l'instituant n'est pas censé sorti du patrimoine de celui-ci; aussi Demolombe et Aubry et Rau donnent-ils à cette action de l'institué le nom d'action en restitution. Peut-être est-il plus simple de l'appeler tout simplement action en revendication; car, dit M. Laurent, « le mot restitution semble impliquer une obligation incombant à ceux qui restituent; or il n'y a aucun lien d'obligation entre les tiers donataires et les héritiers contractuels ». L'action de l'institué est réelle; par conséquent elle emporte abo-

lition de toutes les aliénations, de tous les droits réels, servitudes ou hypothèques dont les tiers détenteurs auraient pu grever les biens revendiqués. Elle commence à courir du jour de la mort de l'instituant, car c'est à ce moment que les droits de l'institué ont pris naissance. Enfin elle n'est soumise qu'à la prescription de droit commun et dure trente ans, aux termes de l'article 2262, sauf bien entendu l'application de l'article 2263 en ce qui concerne les tiers acquéreurs d'immeubles qui ont juste titre et bonne foi, et celle de la maxime *En fait de meubles possession vaut titre* pour les acquéreurs de meubles (1).

Le code ne résout pas la question de savoir si les héritiers contractuels sont tenus du paiement des dettes et charges de la succession. Suivant le principe que nous avons admis, nous déciderons qu'ils en sont tenus comme les légataires auxquels on doit ici encore les assimiler (2). Il s'agit maintenant de savoir si les légataires eux-mêmes en sont toujours tenus et dans quelle mesure. On décide généralement que les successeurs à titre universel sont seuls tenus des dettes, d'où il suit que le légataire à titre particulier n'est pas tenu, ni par conséquent l'institué quand l'institution ne porte que sur des objets particuliers. Par contre le légataire universel ou à titre universel en est tenu, donc l'institué en est également tenu lorsque l'institution porte sur l'universalité ou une quote-part de la succession.

Mais, en admettant qu'ils n'aient pas accepté sous bé-

(1) V. Aubry et Rau, p. 76, § 737; Demolombe, n° 336; Laurent, n° 240; Baudry et Colin, n° 3936.

(2) *Sic* Duranton, n° 721; Troplong, n° 2365; Colmet de Santerre, n° 256 bis; Laurent, n° 241.

néfice d'inventaire, les légataires sont-ils tenus *ultra vires hæreditatis* ou jusqu'à concurrence seulement de leur émolument? Question fort discutée! Un certain nombre d'auteurs enseignent que tous les légataires et donataires universels sans distinction ne sont jamais que des successeurs aux biens et ne peuvent, par conséquent, être tenus au delà de ce qu'ils recueillent dans la succession (1). Ce système ne trouve plus guère de défenseurs, et la doctrine se divise entre les deux suivants.

Le premier fait une distinction : si le donataire ou légataire a la saisine, il est tenu des dettes *ultra vires hæreditatis*; il n'en est tenu qu'*intra vires hæreditatis* s'il n'a pas la saisine; autrement dit l'institué n'est tenu des dettes *ultra vires* que s'il ne vient en concurrence avec aucun héritier réservataire et si son institution porte sur l'universalité de la succession. En effet, le seul article du code qui établisse l'obligation indéfinie au paiement des dettes est l'article 724 ainsi conçu : « Les héritiers légitimes et les héritiers naturels sont saisis de plein droit des biens, droits et actions du défunt sous l'obligation d'acquitter toutes les charges de la succession... » L'obligation indéfinie aux dettes est présentée par ce texte comme une conséquence immédiate de la saisine. Par conséquent on en doit conclure que seuls ceux-là sont obligés de supporter indéfiniment les dettes qui jouissent de la saisine légale (2). Cette solution se justifie d'ailleurs parfaitement

(1) V. dans ce sens Mourlon, *Répét. écr.*, t. II, p. 357; Marcadé, *loc. cit.*, art. 1002, n° 2.

(2) M. Laurent, tout en admettant ce principe, en tire la conclusion que jamais le donataire de biens à venir n'est obligé au delà

par cette considération que l'obligation de supporter les dettes *ultra vires hæreditatis* ne peut être imposée qu'aux continuateurs de la personne du défunt; or il n'y a que ceux qui ont la saisine légale qui aient cette qualité. De plus, la tradition de l'ancien droit est en ce sens; jamais les légataires n'étaient tenus au delà de leur émolument, pas même les légataires universels, et cela venait de ce qu'autrefois ils n'étaient jamais saisis. C'est ce qu'atteste notamment Pothier, guide habituel des rédacteurs de notre code (1). Un autre système a été soutenu par un certain nombre d'auteurs (2). Ceux-ci prétendent qu'il n'y a pas lieu de distinguer et qu'en tous les cas, saisis ou non saisis, les légataires et donataires universels ou à titre universels sont tenus des dettes au delà même de ce qu'ils recueillent dans la succession. Cette opinion s'appuie principalement sur les articles 1009 et 1012 ainsi conçus : article 1009 : « Le légataire universel qui sera en concours avec un héritier auquel la loi réserve une quotité de biens sera tenu des dettes et charges de la succession du testateur, personnellement pour sa part et portion et hypothécairement pour le tout... » ; article 1012 : « Le légataire à titre universel sera tenu, comme le légataire universel, de son émolument. Cela vient de ce qu'il enseigne, comme nous l'avons dit plus haut, que le donataire de biens à venir n'a jamais la saisine légale.

(1) V. en ce sens Duranton, t. VII, n° 14; Demante, t. III, n° 24 bis, 2° et 3°; t. IV, n° 148 bis, 3°, 152 bis, 3° à 12° et 155 bis, 1°; Aubry et Rau, t. VII, p. 496, § 723; Laurent, t. XIV, n° 100 et t. XV, n° 241; Baudry et Colin, *loc. cit.*, n° 2326 et suiv., et 2936.

(2) V. not. Merlin, *Répert.*, au mot *Légataire*, § 7; Troplong, *loc. cit.*, nos 1836 et suiv.; Demolombe, *Tr. des success.*, t. III, nos 115 et suiv., et *Tr. des donat.*, t. VI, n° 337.

des dettes et charges de la succession du testateur personnellement pour sa part et portion et hypothécairement pour le tout ». Puisque ces légataires sont tenus personnellement, il s'ensuit, dit-on, qu'ils sont tenus *ultra vires*, car l'article 2092 décide que « quiconque s'est obligé personnellement est tenu de remplir son engagement sur tous ses biens mobiliers et immobiliers, présents et à venir ». Mais cette déduction semble bien téméraire, car il est peu probable que le législateur ait attaché autant d'importance au mot *personnellement*. Il est peu probable que les rédacteurs du code aient entendu instaurer un système tout différent de celui de l'ancien droit par le simple emploi d'un terme dont Pothier lui-même s'était servi. En effet, dans son *Traité des successions* (1), cet auteur dont la doctrine n'est pas douteuse s'exprime ainsi : « Les créanciers de la succession ont une action personnelle contre chacun des héritiers pour la part dont ils sont héritiers et contre chacun des successeurs universels pour la part que chacun d'eux a dans les biens de la succession ». Et plus loin il ajoute : « Les créanciers hypothécaires de la succession, outre l'action personnelle qu'ils ont contre chacun des héritiers ou successeurs universels, ont l'action hypothécaire contre chacun des héritiers ou successeurs qui possèdent quelque immeuble de la succession sujet à leur hypothèque... ». Ce passage de Pothier nous fournit l'explication des articles 1009 et 1012 qui n'en sont évidemment que la reproduction abrégée. C'est uniquement par antithèse à l'action hypothécaire que Pothier et après lui les rédacteurs du

(1) *Tr. des success.*, chap. v, art. 4.

code parlent de l'action personnelle. Cette action est tout simplement celle accordée aux créanciers contre les légataires pour simplifier la procédure et éviter le circuit d'actions qui se serait produit si le créancier avait dû poursuivre nécessairement les héritiers, en laissant à ceux-ci le soin de recourir contre les légataires.

Nous nous rallierons donc à la théorie qui rattache à la saisine légale l'obligation de supporter les dettes *ultra vires hæreditatis* et nous admettrons que le donataire de biens à venir n'est tenu indéfiniment que si sa donation est universelle et s'il ne vient pas en concours avec les héritiers réservataires. Il faut cependant remarquer que les décisions de la jurisprudence, peu nombreuses il est vrai, rejettent cette doctrine (1).

Pour ce qui est du payement des legs, les mêmes difficultés se retrouvent, avec plus de complications encore, en ce qui concerne la mesure dans laquelle les légataires y sont obligés. Mais nous n'avons pas ici à nous en préoccuper, puisque l'instituant ne peut en principe disposer à titre gratuit au détriment de l'institué. Toutefois, nous savons que l'article 1083 permet exceptionnellement les libéralités modiques ; l'institué devra donc acquitter les legs faits dans cette mesure. Il les supportera pour le tout, si son institution est universelle, et pour sa part et portion, s'il vient en concurrence avec

(1) V. un arrêt célèbre de la Cour suprême du 13 août 1851, *Dall.*, 1851, 1, 281 ; et un autre du 11 mai 1870, *Dall.*, 1871, 1, 141 ; — *Contra* un arrêt de la Cour de Cass. du 20 fév. 1820, *Journ. du Pal.*, t. XV, p. 812.

des successeurs *ab intestat* ou d'autres légataires ou donataires à titre universel (1).

SECTION III

RÉVOCATION ET CADUCITÉ DE L'INSTITUTION CONTRACTUELLE.

Les institutions contractuelles peuvent manquer leur effet soit par suite d'une révocation venant de la part des instituant, soit parce qu'elles deviennent caduques.

§ 1. — *Causes de révocation.*

L'article 953, au titre des donations, porte : « La donation entre-vifs ne pourra être révoquée que pour cause d'inexécution des conditions sous lesquelles elle aura été faite, pour cause d'ingratitude et pour cause de survenance d'enfants ». Il y a lieu de se demander si la donation de biens à venir est soumise à ces causes de révocation des donations ordinaires.

I. Pour la révocation qui résulte de l'inexécution des charges, point de difficulté : c'est une application du droit commun et il n'existe aucune raison d'y soustraire les donations de biens à venir. Aussi nous appliquerons ici les principes contenus dans les articles 952 et suivants du code civil.

II. Il en est autrement de la révocation motivée par l'ingratitude du donataire. C'est qu'en effet cette révocation a un caractère pénal, aussi ne doit-elle pas at-

(1) *Sic* Demolombe, *Tr. des Don.*, t. VI, n° 338; Laurent, *loc. cit.*, n° 242.

teindre des innocents. Or, l'institution contractuelle n'est pas faite seulement en faveur de l'institué, mais aussi en faveur de son conjoint et des enfants qui doivent naître de leur union. Il serait injuste de punir toute la famille à cause de l'ingratitude d'un seul. « Le délit d'un seul, disait Jaubert dans son rapport au Tribunat, ne doit pas autoriser l'annulation d'un acte sous la foi duquel une nouvelle famille s'était formée. L'intérêt de la société réclamait cette exception ». Devant le Corps législatif, Bigot-Préameneu, au nom du gouvernement, et Favard, pour le Tribunat, tinrent un langage identique. Aussi l'article 959 du code dispose-t-il que « les donations en faveur du mariage ne sont pas révocables pour ingratitude ».

Cette expression *en faveur du mariage* s'applique-t-elle aux donations que les futurs époux se font par contrat de mariage, et spécialement aux donations de biens à venir? Grande et célèbre controverse qui se complique encore de la question de savoir si la disposition de l'article 299 du titre du divorce doit être étendu à la séparation de corps! Bornons-nous à rechercher si la révocation pour cause générale d'ingratitude est applicable aux donations entre époux. Une partie de la doctrine appuyée pendant longtemps par la jurisprudence de la Cour suprême a soutenu le contraire. Les termes de la loi, dit-on, sont absolus et généraux; ils ne font aucune distinction entre les donations faites par les époux et celles faites par les tiers; sont exceptées de la révocation pour cause d'ingratitude « *les donations en faveur du mariage* ». Il n'y a place pour aucune interprétation car l'article 960 comprend lui-même, sous le nom de donations faites en faveur du mariage, celles faites par les

tiers aux conjoints ou par les conjoints l'un à l'autre (1). Pendant de longues années, et malgré la résistance d'un grand nombre de cours d'appel, la Cour de cassation s'est obstinée à juger de cette manière (2).

Ce ne fut que par un arrêt célèbre rendu le 23 mai 1845 que la Cour de cassation, toutes chambres réunies, se rallia au système des cours d'appel. Encore, au témoignage de Troplong (3), ne fut-ce qu'après sept heures et demie de délibération que put se former une majorité de dix-huit voix contre seize pour repousser les conclusions du procureur général Dupin et opérer cette révolution dans la jurisprudence. Depuis longtemps déjà la doctrine penchait en ce sens. Il semble qu'en effet les motifs qui ont inspiré l'exception de l'article 959 font ici complètement défaut. Cet article veut éviter que toute une famille ne soit punie pour un seul coupable; or, ici il n'y a rien à craindre, puisque la révocation ne nuira ni à l'époux innocent, auquel au contraire elle profitera, ni aux enfants qui retrouveront dans le patrimoine de l'autre époux ce qu'ils auraient trouvé dans celui de l'ingrat. Les termes de la loi ne sont pas d'ailleurs aussi formels qu'on le dit, et quand l'article 959 parle de donations en faveur du mariage, il est très probable qu'il ne comprend pas les donations faites par un des époux à l'autre. Ce ne sont pas là en réalité des donations fai-

(1) V. en ce sens Merlin, *Répert.*, au mot *Séparat. de corps*, § 4, n° 5 et *Quest. de dr.* même mot § 1, n° 21; Duranton, t. II, n° 629; Coin-Delisle, sur l'art. 959, n° 4 et suiv.

(2) V. not. Cas., 13 juill. 1813, *Journal du Palais*, t. II, p. 551; 13 fév. 1826, *J. du P.*, t. XX, p. 158; 21 déc. 1842, *Dall., Répert.*, au mot *Sépar. de corps*, p. 982; 21 nov. 1843, *Dall., Répert.* eod. loc.

(3) *Tr. des donat.*, t. III, p. 282.

tes en faveur du mariage, mais seulement des donations faites à l'occasion du mariage, car les donations ne profitent pas à la famille qui se fonde, mais seulement à l'un de ses membres.

« Le mariage lui-même, dit M. Demolombe, c'est-à-dire l'établissement, la maison qui va se former n'y a pas d'intérêt; car le bien, donné ou non donné, sera toujours là, dans la main de l'un ou dans la main de l'autre, pour servir aux besoins du mariage ». En vain oppose-t-on l'article 960 qui comprend sous la dénomination de donation en faveur du mariage les donations faites par les conjoints eux-mêmes aussi bien que celles faites par les tiers ; il n'y a pas lieu de s'arrêter à cet article pour y chercher une interprétation qu'il n'a pas pour but de donner, alors surtout qu'il renferme un véritable non-sens dans les matières qu'il traite directement ! Nous le voyons en effet soustraire à la révocation pour survenance d'enfants la donation faite par un ascendant à son enfant ! Il est bien évident que dans l'article 960 les rédacteurs du code ont copié l'article 39 de l'ordonnance de 1731, sans même s'inquiéter des termes qu'ils employaient. Nous trouvons un argument plus sérieux en sens contraire dans les autres articles de la matière où les donations faites par l'un des conjoints à l'autre sont toujours appelées donations entre époux et celles faites par les tiers, donations en faveur du mariage. La tradition, d'ailleurs, est en ce sens, et au milieu des nombreuses controverses auxquelles avait donné lieu la question de la révocation des institutions contractuelles pour cause d'ingratitude, nous avons vu (1) que tout le monde s'accordait à dé-

(1) V. plus haut, chap. III, sect. 5, § 1.

clarer révocables celles faites par un époux au profit de l'autre (1).

Revenons maintenant aux donations faites par un tiers aux futurs époux ; ces donations sont-elles irrévocables quelles que soient l'époque et les circonstances dans lesquelles se produisent les faits d'ingratitude ? On doit faire à ce sujet plusieurs distinctions. Supposons d'abord que la faute du donataire ait eu lieu entre l'institution et la célébration du mariage. Dans ce cas, il y a trois hypothèses possibles : 1° le donateur pardonne, soit expressément, soit en laissant écouler le délai qui lui est imparti pour former sa demande en révocation ; alors pas de difficulté, la donation devient irrévocable. 2° le donateur intente son action avant le mariage ; là encore pas de difficulté, la célébration du mariage ne peut empêcher d'aboutir la demande en révocation ; 3° le donateur, tout en restant dans les délais, n'intente son action qu'après la célébration du mariage ; dans ce cas, il faut généralement décider que la révocation n'aura pas lieu, même si le donataire est de mauvaise foi, autrement on ferait supporter à l'époux innocent la peine due à l'ingratitude du coupable et on irait ainsi contre les motifs de l'article 959. Il y aurait lieu cependant de donner une solution différente s'il était

(1) V. en ce sens Troplong, *Tr. des don.*, t. III, nos 1348 et suiv. ; Marcadé, t. III, nos 716 et suiv. ; Massé et Vergé, t. I, p. 281 ; Demante, t. II, n° 29 *bis* ; Aubry et Rau, t. IV, p. 179 et suiv. ; Demolombe, *Tr. du mar.*, t. II, nos 521 et suiv. ; Laurent, t. XIII, nos 21 et suiv. ; Baudry et Colin, *Tr. des don.*, t. I, n° 1529. — Cass., 23 mai 1845, *Dall.*, 1845, 1, 225 ; Cass., 26 fév. 1856, *Dall.*, 1856, 1, 49 ; Cass., 22 déc. 1869, *Dall.*, 1870, 1, 292 ; Cas., 17 fév. 1873, *Dall.*, 1873, 1, 483 ; Bordeaux, 27 nov. 1890, *Dall.*, 2, 539.

intervenue entre les deux époux un concert frauduleux tendant à hâter la célébration du mariage.

Supposons maintenant que l'acte d'ingratitude se produise pendant le mariage ou après sa dissolution. Une première hypothèse est facilement résolue : si la demande en révocation est faite durant le mariage, elle doit être écartée. La seconde est plus délicate : la demande en révocation est postérieure au mariage. Il faut dire alors que l'action révocatoire ne sera reçue que s'il n'y a pas d'enfants du mariage, toujours par application de l'article 959 qui veut que la peine de la révocation soit rigoureusement personnelle au donataire ingrat.

III. Le troisième chef de révocation prévu en l'article 953 vise le cas de survenance d'enfants ; cette révocation est-elle applicable aux institutions contractuelles ? Beaucoup de raisons semblent s'y opposer. « N'y a-t-il pas, dit M. Laurent, une cause onéreuse dans les donations faites en faveur du mariage ? Le donataire a des charges à supporter ; de plus, les conjoints et les enfants y sont intéressés ; le plus souvent ces donations sont la cause du mariage, en ce sens qu'il n'aurait pas eu lieu sans les libéralités qui permettent aux époux de subvenir à leurs besoins et d'élever leurs enfants. Voilà bien des motifs qui devraient empêcher la révocation ».

Cependant l'article 960 a consacré la solution contraire : « Toutes donations entre-vifs faites par personnes qui n'avaient pas d'enfants ou de descendants actuellement vivants dans le temps de la donation, de quelque valeur que ces donations puissent être et à quelque titre qu'elles aient été faites, et encore qu'elles fussent mutuelles ou rémunératoires, même celles qui auraient été faites en faveur du mariage par autres que par les ascen-

dants aux conjoints ou par les conjoints l'un à l'autre, demeureront révoquées de plein droit par la survenance d'un enfant légitime du donateur, même d'un posthume, ou par la légitimation d'un enfant naturel par mariage subséquent s'il est né depuis la donation ». C'était là d'ailleurs la doctrine qui avait prévalu dans l'ancien droit (1). L'institution contractuelle sera donc révoquée par la survenance d'un enfant légitime à l'instituant ou la légitimation d'un enfant naturel né postérieurement à l'institution. Au surplus y a-t-il lieu d'appliquer ici les règles contenues dans les articles 960 et suivants.

Notons cependant que l'article 960 *in fine* apporte deux exceptions à la règle ; sont révoquées pour cause de survenance d'enfants toutes donations entre-vifs, même faites en faveur du mariage, sauf cependant celles faites « *par un ascendant aux conjoints ou par les conjoints l'un à l'autre* ». La première exception n'en est pas une à vrai dire, car les seules donations révocables pour cause de survenance d'enfant sont celles « *faites par personnes qui n'avaient pas d'enfants ou de descendants actuellement vivants dans le temps de la donation* ». La seconde se comprend d'elle-même, car les motifs de la révocation font ici complètement défaut. On ne peut soutenir que l'époux qui se marie n'aurait pas fait la donation s'il avait songé aux enfants qu'il pourrait avoir. « Il faut encore, dit Pothier, ajouter à cette raison une autre, à savoir qu'il est comme indifférent aux enfants de trouver les biens donnés dans la succession du donateur ou dans celle du donataire qui sont également intéressés à les leur conserver ». Cependant ce motif

(1) V. *supra*, chap. III, sect. 5, § 1.

n'étant pas le seul qui ait inspiré le législateur et les termes de la loi étant par ailleurs absolus, nous admettons que de semblables donations ne seraient pas même révoquées par la survenance d'enfants que le donateur aurait eus d'un autre mariage, postérieurement à la dissolution du premier. La jurisprudence et la majorité des auteurs sont en ce sens (1).

§ 2. — *Causes de caducité.*

I. Bien que non révoquée, l'institution contractuelle peut manquer son effet et devenir caduque. L'article 1088 dispose : « Toute donation faite en faveur du mariage sera caduque si le mariage ne s'ensuit pas. » Il ne faut voir là que l'application du droit commun ; la donation en faveur du mariage est soumise à la condition tacite que le mariage aura lieu ; si le mariage ne s'accomplit pas, il faut appliquer l'article 1184 qui annule l'obligation lorsque la condition vient à défaillir. Cependant on peut trouver une raison historique à la disposition formelle de l'article 1088. Nous avons vu, en effet, que certains auteurs, dans notre ancien droit, regardaient la donation comme valable, même si le mariage venait à manquer (2). Les rédacteurs du code n'ont pas voulu laisser place à cette controverse. Il va sans dire que la

(1) V. notam., Merlin, *Quest. de dr.*, au mot *Révocat. des don.*, § 1 ; Duranton, t. VIII, n° 582 ; Marcadé, art. 960, n° 4 ; Troplong, t. III, n° 1389 ; Aubry et Rau, t. VII, p. 430, § 709 ; Demante, t. IV, n° 103 bis, 6° ; Demolombe, *Tr. des don.*, t. III, n° 772 ; Baudry et Colin, *Tr. des don.*, t. I, n° 1667. — Rennes, 5 déc. 1854, *Dall.*, 1855, 2, 344 ; Cass., 11 mai 1857, *Dall.*, 1857, 1, 215. — *Contra*, Massé et Vergé, t. III, p. 239, § 485, note 10 ; Laurent, t. XIII, n° 79.

(2) V. *supra*, chap. III, sect. 5, § 2.

donation serait caduque, dans l'état actuel de la législation, même si le donataire, après l'échec du mariage qui a donné lieu à la libéralité, en contractait immédiatement un autre, car le disposant n'a pas eu en vue un mariage quelconque, mais un mariage avec une personne déterminée. Par contre il importerait peu que le mariage en faveur duquel la donation a été faite ne s'accomplît qu'après un certain délai. Le donateur est irrévocablement lié et ne peut plus révoquer la donation dans l'espace de temps qui sépare le contrat de mariage de la célébration du mariage lui-même. Bien plus, s'il venait à mourir dans cet intervalle ou s'il subissait quelque incapacité de donner, la disposition n'en serait pas moins parfaite, et il suffirait toujours de célébrer le mariage pour faire produire à cette condition son effet rétroactif (1). Tout cela n'est que l'application du droit commun contenu dans les articles 1176 et 1179. Cependant l'article 1176 nous fait entendre qu'il en serait différemment si le donateur avait expressément stipulé que le mariage se ferait avant sa mort ou même dans un délai déterminé : « Lorsqu'une obligation est contractée sous la condition qu'un événement arrivera dans un temps fixe, cette condition est censée défaillie lorsque le temps est expiré sans que l'événement soit arrivé... »

II. Que faut-il décider si le mariage, après avoir été célébré, vient à être déclaré nul ? Il y a lieu de regarder la donation comme caduque, car le mariage déclaré nul est censé n'avoir jamais existé et par ailleurs le dispo-

(1) V. *supra*, *loc. cit.*, la doctrine de nos anciens auteurs ; v. aussi Grenier, t. II, n° 428 ; Demolombe, *Tr. des don.*, t. VI, n° 253.

sant n'ayant en vue qu'un mariage valable, la condition se trouve défaillie. On ne pourrait même faire exception pour le cas où le donateur connaissait avant le mariage l'empêchement qui devait en entraîner la nullité, car il pouvait espérer que cette nullité ne serait pas opposée. Quand bien même il en serait autrement, la disposition devrait tomber néanmoins en vertu des principes généraux sur la matière qui n'admettent les donations des biens à venir qu'en faveur du mariage.

III. Une autre cause de caducité des institutions contractuelles est le prédécès de l'époux donataire et de sa postérité. Cette expression, empruntée à l'article 1089, n'est pas tout à fait exacte; il ne s'agit ici que des enfants et descendants nés du mariage en faveur duquel la donation a été faite. Si l'institué ne laissait en mourant que des enfants d'un autre lit, ceux-ci n'auraient aucun droit à l'institution et leur présence ne l'empêcherait pas de devenir caduque (1).

IV. Enfin l'institution contractuelle devient encore caduque par la renonciation de l'institué et de tous ses descendants. Il s'agit ici, bien entendu, d'une renonciation purement abdicative, faite au greffe dans les formes déterminées par l'article 784 du code civil. Si la renonciation n'était pas gratuite, ou bien si elle était faite au profit d'une ou plusieurs personnes déterminées, on devrait appliquer l'article 780 et dire que nous sommes ici en présence d'une cession véritable emportant acceptation (2). Si tous les institués ne renonçaient pas, l'institution ne serait pas caduque, mais il y aurait

(1) V. *supra*, chap. v, sect 1, § 3.

(2) V. Laurent, *loc. cit.*, n° 245; Baudry et Colin, n° 3940.

lieu à accroissement au profit des acceptants.

V. Les effets de la caducité de l'institution contractuelle sont très simples, ils se déduisent tous de ce principe : l'institution est regardée comme non avenue. Donc les héritiers *ab intestat* en recueilleront le bénéfice s'il n'y a pas d'autres donataires ou légataires. Dans le cas contraire, ce seront les donataires ou légataires qui en profiteront, en ce sens que les biens compris dans l'institution caduque permettront d'acquitter les dons et legs qui autrement n'auraient pu l'être par suite de l'insuffisance de la quotité disponible.

Cette solution, admise sans difficulté pour le cas où l'institution devient caduque par le prédécès de l'institué, a été contestée lorsque la caducité provient de la renonciation des institués. Il n'y a pourtant aucun motif de distinguer. L'article 786 qu'on invoque à l'appui de la doctrine adverse, dans le but de prouver que la part des donataires renouçants doit profiter exclusivement aux héritiers *ab intestat*, n'a rien à faire ici. Il se borne, en effet, à régler une question d'accroissement entre les cohéritiers *ab intestat*, c'est-à-dire entre les successibles appelés au même titre à recueillir la succession; il ne peut s'appliquer par conséquent à notre hypothèse où se trouvent en présence des successibles venant à des titres différents, les uns, comme héritiers *ab intestat*, les autres, comme héritiers contractuels. Ceux-ci ne sont pas les cohéritiers de ceux-là (1).

(1) V. en ce sens Troplong, n° 2356; Demolombe, n° 340; Aubry et Rau, t. VIII, p. 87, § 739; Laurent, n° 246; Baudry et Colin, nos 3941 et 3942; — Cass., 20 déc. 1843, *Dall.*, 1844, 1, 115; Agen, 22 avr. 1844, *Dall.*, 1844, 2, 194.

SECTION IV

PROMESSES D'ÉGALITÉ

Nous avons étudié dans notre ancien droit plusieurs clauses se rapprochant de l'institution contractuelle, parmi lesquelles deux très importantes : la déclaration ou reconnaissance d'ainé et principal héritier, et la promesse d'égalité (1). De ces deux clauses, la première a disparu avec l'ancien régime : le code n'admet plus aucun droit de préférence en faveur des aînés, il n'y a donc plus lieu de s'engager à le leur maintenir. Quant à la seconde, certains auteurs ont prétendu qu'elle devait être rejetée aussi dans notre législation, parce qu'elle ne pouvait être identifiée avec l'institution contractuelle et que dès lors elle constituait un pacte successoire prohibé par la loi (2). « La renonciation à disposer à titre gratuit, disent Championnière et Rigaud, est le caractère essentiel de l'institution contractuelle; elle n'a pas besoin d'être formellement stipulée lorsque l'institution est expresse, parce qu'elle en est la conséquence; mais lorsque l'existence même de l'institution est l'objet du litige, la renonciation à disposer ne se présume pas; si elle n'est pas écrite, elle n'existe pas; la faculté de disposer existe au contraire et s'oppose à ce que la clause puisse constituer une institution contractuelle ».

Il y a là une pétition de principes, la vérité est que la promesse d'égalité est bien une sorte d'institution con-

(1) V. *supra*, chap. III, sect. 6.

(2) V. en ce sens Championnière et Rigaud, *Tr. des droits d'enreg.*, t. IV, n° 2951; Dall., *Répert.*, loc. cit., n° 1394.

tractuelle, précisément parce qu'elle implique comme elle renonciation à la faculté de disposer à titre gratuit. Il y a cette différence, il est vrai, que la renonciation est absolue dans l'institution contractuelle, tandis qu'elle n'est que relative dans la promesse d'égalité, puisque le père ou la mère conserve le droit de disposer, même à titre gratuit, en faveur de tout autre qu'un de ses enfants. Mais il n'en reste pas moins vrai qu'il y a là une entrave apportée à la libre disposition du promettant. Aussi la presque unanimité des auteurs et la jurisprudence admettent-ils la validité des promesses d'égalité (1).

Quel sera l'effet d'une semblable promesse? La promesse d'égalité a pour but de garantir à l'enfant auquel elle est faite que sa part dans la quotité disponible ne sera ni donnée, ni léguée par préciput à ses frères et sœurs. Il va sans dire que le promettant pourrait au contraire avantager l'enfant institué, car si l'égalité ne peut être rompue à son détriment, rien ne s'oppose à ce qu'elle le soit en sa faveur. Il en serait ainsi même au cas où le père de famille aurait promis de n'avantager aucun de ses enfants, même si tous les enfants avaient assisté au mariage de leur frère ou sœur et déclaré accepter la promesse. L'article 1082 n'autorise en effet les donations de biens à venir qu'au profit des futurs époux et des enfants à naître du mariage. Cependant la doctrine contraire avait prévalu dans l'ancien droit (2).

Malgré la promesse d'égalité, l'instituant conserve le

(1) V. not. Duranton, n° 655; Troplong, n° 2376; Aubry et Rau, p. 89 et 91, § 739; Demolombe, n° 302; Laurent, n°s 248 et 249; Baudry et Colin, n° 3943.

(2) V. *supra*, chap. III, sect. 6, § 2.

droit d'avantager un autre de ses enfants, pourvu que ce ne soit pas au détriment de l'institué. Ainsi, en supposant qu'il y ait quatre enfants, il peut laisser un quart de la quotité disponible à l'institué et trois quarts à l'un des autres enfants. L'égalité est violée, il est vrai, mais l'institué n'a pas le droit de s'en plaindre, puisque ce n'est pas à son préjudice ; les autres enfants n'en ont pas davantage le droit, puisque l'égalité ne leur a pas été promise. Toutefois il en serait différemment si l'instituant avait promis au futur époux une part égale à celle de l'enfant le plus favorisé (1). L'instituant pourrait même donner à un étranger la quotité disponible tout entière et ne laisser à l'institué que sa réserve. Cependant cette solution est contestée (2). Certains auteurs assimilent la promesse d'égalité à une institution contractuelle de l'enfant dans sa part de quotité disponible et soutiennent que l'instituant n'y peut porter atteinte au delà des limites fixées par l'article 1083. Qu'importe à l'institué d'être dépouillé au profit de ses frères et sœurs ou au profit d'un étranger ! où est la différence ? On peut répondre qu'aux termes mêmes de M. Troplong, l'un des partisans de la doctrine adverse, la promesse d'égalité n'est qu'une garantie contre les entraînements de l'affection paternelle. Vouloir interdire les dispositions au profit des étrangers, c'est aller au delà du but que se proposaient les contractants ; le

(1) V. en ce sens Troplong, n° 2380 ; Aubry et Rau, p. 89, § 739 ; Demolombe, n° 305 ; Laurent, n° 253 ; Baudry et Colin, n° 3943 et suiv. ; — Cass., 11 fév. 1879, *Dall.*, 1879, 1, 297 ; Cass., 22 fév. 1887, *Dall.*, 1888, 1, 128.

(2) V. Merlin, *Répert.*, au mot *Inst. contr.*, § 8, n° 8 ; Troplong, n° 2377.

père de famille a promis à l'institué de ne pas avantager ses frères et sœurs à son détriment ; il n'a pas promis autre chose (1).

Ajoutons toutefois, qu'il y aura lieu assez souvent d'adopter une solution contraire par suite de l'intention du promettant qui pourra se dégager soit des circonstances de la cause, soit des termes mêmes de la promesse (2). C'est d'après les mêmes principes qu'on devra résoudre la question de savoir quel est l'effet d'une promesse d'égalité à l'égard d'un enfant qui reste seul successible. Sauf manifestation d'une volonté contraire de la part du promettant, la promesse d'égalité sera réputée sans objet, et ce n'est qu'exceptionnellement que le promettant pourra être considéré comme ayant voulu instituer son enfant dans toute sa part héréditaire, c'est-à-dire ici dans tous ses biens (3).

Dans la mesure où elle peut être opposée par l'institué, la promesse d'égalité produit les mêmes effets que l'institution contractuelle proprement dite ; c'est-à-dire qu'elle laisse au promettant la libre disposition de ses biens à titre onéreux et lui permet les dispositions à titre gratuit dans les limites de l'article 1083.

(1) V. en ce sens Duranton, n° 699 ; Aubry et Rau, p. 89, § 739 ; Demolombe, n° 306 ; Baudry et Colin, n° 2943 et suiv. ; Lille, 25 nov. 1853, *Dall.*, 1854, 3, 68 ; — *Contra.*, Limoges, 23 juill. 1862, *Dall.*, 1862, 2, 243.

(2) V. Laurent, nos 250 et 251 ; Baudry et Colin, n° 3945 ; — Cass., 10 mars 1884, *Dall.*, 1885, 1, 108 ; Orléans, 30 mars 1892, *Dall.*, 1893, 2, 330.

(3) V. en ce sens Demolombe, n° 307 ; Laurent, n° 251 ; — Bordeaux, 22 mai 1848, *Dall.*, 1848, 2, 155, et les arrêts précités. — *Contra.*, Limoges, arrêt précité et Bordeaux, 20 janvier 1863, *Dall.*, 1863, 5, 126.

SECTION V

RÔLE DE L'INSTITUTION CONTRACTUELLE DANS LE DROIT MODERNE

Quel peut être le rôle de l'institution contractuelle dans notre société moderne? Moins grand sans doute que dans l'ancienne France, puisqu'il n'y a plus lieu de viser à la conservation des familles nobles, il peut être néanmoins très important encore. Les rédacteurs du code ont eu pour but, en la conservant dans notre législation, de favoriser autant que possible les mariages. Sans doute on pourrait, sans la faire intervenir, assurer aux futurs conjoints des ressources qui leur sont nécessaires pour subvenir aux besoins du ménage. Il suffirait pour cela de leur constituer une dot ou de leur allouer une pension dotale; la donation de biens présents aurait même cet avantage de leur conférer un droit actuel et certain. Mais beaucoup de donateurs reculeront précisément devant la nécessité de se dépouiller d'une façon actuelle et irrévocable. Malgré toute sa bienveillance pour les futurs époux, il répugnera au disposant de faire une brèche dans sa fortune, et de s'imposer un sacrifice quelquefois très lourd, en renonçant à la vie aisée qu'il a menée jusque-là. Souvent même ses propres charges de famille l'empêcheront de se priver pendant un temps considérable de la moindre partie de ses revenus. Dans ces conditions il ne resterait au donateur que le parti de faire au profit des futurs conjoints une disposition testamentaire; mais ceux-ci ne trouveraient aucune garantie dans une disposition de ce genre. Toujours révocable,

elle ne leur conférerait aucun droit certain pendant la vie du donateur et même celui-ci, malgré toute sa bonne volonté, pourrait se trouver au moment de sa mort incapable de faire la disposition sur laquelle ont compté les futurs époux et qui les a déterminés à contracter mariage et à fonder une famille. Comme le dit M. Baudry-Lacantinerie, « comment croire que les charges du mariage puissent être acceptées sur la foi d'une libéralité aussi précaire ? »

C'est là que l'institution contractuelle trouve son utilité. Sans exiger du donateur un dessaisissement immédiat de ses biens, elle en assure cependant le bénéfice aux institués. Jusqu'à sa mort l'instituant continue à jouir des biens donnés ; par conséquent il n'a pas à changer son genre de vie et à s'imposer des privations auxquelles il n'était pas habitué ; d'autre part, grâce à l'article 1083, il conserve le moyen de reconnaître les services qui lui seront rendus et pourra continuer à faire les présents d'usage comme avant l'institution. Et cependant les institués sont à couvert des chances de révocation qui les menacent perpétuellement dans le cas d'une disposition testamentaire ; ils peuvent raisonnablement espérer, pour l'époque du décès de l'instituant, la transmission intégrale des biens donnés. Ainsi, par la combinaison des principes de la donation entre-vifs et de ceux du testament, l'institution contractuelle donne un moyen facile de favoriser les mariages à ceux qui ne voudraient ou ne pourraient pas faire une donation de biens présents.

Cependant, paraît-il, ce mode de disposition tend à disparaître. Faut-il s'en étonner outre mesure ? Non, et pour plusieurs raisons. D'abord l'institution contractuelle

a cet immense inconvénient de ne fournir aucune ressource immédiate aux nouveaux époux ; ce qui en fait la commodité pour l'instituant en fait le vice au point de vue de l'institué. Sans doute, il est suffisant pour des conjoints jouissant déjà d'une certaine aisance d'être institués contractuellement, car avec leurs revenus présents ils peuvent parer à leurs premiers besoins ; mais il n'en est pas de même pour les conjoints sans fortune ; il leur faut, pour fonder un ménage, une donation qui leur assure des ressources actuelles et leur permettent de faire face à leurs charges immédiates. De là vient que la plupart préfèrent une donation restreinte de biens présents à une donation de biens à venir plus considérable (1).

Ajoutons que l'irrévocabilité des donations de biens à venir est encore très relative, puisque le donateur peut anéantir l'institution d'une manière indirecte en aliénant ses biens à titre onéreux. D'autre part, l'usage des pensions dotales a fait disparaître en partie l'obstacle que rencontraient les donations de biens présents dans la répugnance éprouvée par certains donateurs à se dessaisir de leur vivant d'une partie de leurs biens. Cette répugnance s'augmente souvent à l'époque actuelle, pour les donateurs qui ont leur fortune engagée dans les entreprises commerciales ou industrielles, de la difficulté qu'il y a à retirer, du jour au lendemain, de ces entreprises des sommes considérables. L'usage des pensions dotales a heureusement supprimé cet inconvénient en tournant la difficulté.

(1) V. Demolombe, n° 272 ; Laurent, n° 179 ; Baudry et Colin, n° 3881.

En somme, cette disparition progressive des institutions contractuelles peut être regardée comme la confirmation de l'assertion que nous avons émise à propos de la faveur en laquelle on tenait autrefois ces institutions, à savoir qu'il fallait en chercher le motif bien plus dans le désir de perpétuer la grandeur des familles nobles que dans celui de faciliter les mariages en général. Qu'arrive-t-il, en effet ? Depuis que la Révolution a posé le principe fondamental du partage égal des biens, l'institution contractuelle a perdu sa raison d'être principale ; aussi la voyons-nous décliner rapidement et disparaître avec la cause qui avait fait sa grandeur.

Vu :

Le Professeur, président de la thèse,
J. LAISNÉ DES HAYES.

Vu :

Le Doyen de la Faculté,
EDMOND VILLEY.

Vu et permis d'imprimer,

Le Recteur de l'Université de Caen,
E. ZEVORT.

TABLE DES MATIÈRES

	Pages.
Index bibliographique	v

CHAPITRE PRÉLIMINAIRE

Nature de l'institution contractuelle.

Définition de l'institution contractuelle. — Sa nature : différents systèmes. — L'institution contractuelle est un acte <i>sui generis</i>	1
--	---

CHAPITRE PREMIER

Origines de l'institution contractuelle. — L'institution contractuelle dans les lois barbares.

SECTION I

Peut-on trouver l'origine des institutions contractuelles dans les lois romaines ?

I. Le droit romain classique ne connaît rien qui puisse être rapproché des institutions contractuelles. — Elles sont contraires à ses principes fondamentaux. — Concessions faites par les empereurs à la validité des pactes successoires. — Nouvelle 19 de l'empereur Léon. — Cette nouvelle est-elle la source des institutions contractuelles?	13
II. Le livre des Fiefs et le mariage <i>ad morganaticam</i> . — Le pacte réglementé sous ce nom contient-il une institution contractuelle?	20
III. <i>Quid</i> de la constitution 19 des empereurs Dioclétien et Valentinien. — Faut-il y voir autre chose qu'un testament militaire? — Réfutation de la théorie de E. de Laurière.	23

SECTION II

<i>L'adoptio in hæreditatem dans les lois barbares. Principe du nullum testamentum.</i>	27
---	----

§ 1. — Affatomie.

I. L'affatomie dans la loi salique. — Qu'est-ce que l'affatomie? Étymologie du mot? — Ressemblance de l'affatomie avec les testaments <i>per æs et libram</i> et <i>calatis comitiis</i> . — Son but. — Formalités requises.	29
II. Date de la transmission définitive. — Rôle de l'intermédiaire ou <i>salmann</i> . — Droits du gratifié. — Effets produits par l'affatomie.	34
III. Qui peut faire un héritier par affatomie? — Situation des esclaves et des affranchis. — Limitations apportées à la libre disposition des ingénus	41
IV. L'affatomie dans la loi ripuaire. — Simplification des formalités. — Affatomie entre époux	45

§ 2. — Thinx et Garethinx.

Analogie entre lethinx et l'affatomie. — Formalités du thinx. — Qui peut disposer de cette manière? — Étendue de la disposition. — Nature du thinx. — Droits et obligations du <i>gisil</i> ou institué. — Limites de la liberté de disposer.	47
---	----

SECTION III

Vicissitudes de l'institution contractuelle pendant la période barbare.

I. Persistance du <i>nullum testamentum</i> . — Procédés employés pour s'y soustraire. — Donation pour le temps de la mort. — Affatomie proprement dite. — La <i>lex emendata</i> . — Le capitulaire de 803 : <i>De lege ripuarensis</i> . — Le capitulaire de 819 : <i>legi salicæ additum</i> . — Condition des esclaves, des affranchis et des hommes libres.	54
II. <i>Hereditariæ</i> et <i>affatima</i> . — Leur but et leurs formes. — Ce sont de véritables institutions contractuelles	61

CHAPITRE II

L'institution contractuelle pendant la période féodale.

SECTION I

Extension de l'institution contractuelle au début de cette période.

- Rareté des testaments. — Développement pris par les institutions contractuelles. — Leur nature. — Leur étendue. — Leurs formes. — Principales conditions dont elles sont affectées 65

SECTION II

Évolution de l'institution contractuelle.

- I. L'institution contractuelle fait son apparition dans les contrats de mariage. — Cause : nécessité d'assurer la descendance des fiefs. — L'institution contractuelle dans les contrats de mariage aux ^{xii}^e, ^{xiii}^e, ^{xiv}^e et ^{xv}^e siècles . . . 72
- II. Réapparition du testament. — Recul de l'institution contractuelle : elle se cantonne dans les contrats de mariage. — Causes : les croisades, l'influence du droit canonique, la renaissance des études de droit romain. — Les nécessités féodales font conserver l'institution contractuelle dans les contrats de mariage 81

SECTION III

Limites apportées au droit de disposition.

- I. Incapacité de disposer. — Condition des serfs, des hérétiques, des forsbannis, des condamnés à mort, des moines qui font vœu de pauvreté 86
- II. Limitations apportées à la liberté de disposer. — Limitations dans l'intérêt du seigneur. — Limitations dans l'intérêt de la famille. — *Laudatio* des proches. Réserves coutumières. — Légitime 86

CHAPITRE III

L'institution contractuelle depuis la rédaction des coutumes jusqu'à la Révolution française.

SECTION PRÉLIMINAIRE

Rédaction et réformation des coutumes. — Feudistes et romanistes : leurs luttes au sujet de l'institution contractuelle. — Elle survit au régime féodal afin d'assurer le maintien des grandes familles. — Elle se généralise même dans les pays de droit écrit. — Elle est réglementée par les ordonnances. — Situation particulière qui lui est faite dans les diverses coutumes. 93

SECTION I

Formes de l'institution contractuelle.

§ 1. — Dans quels actes peut-elle se faire ?

L'institution contractuelle ne peut être faite qu'en faveur du mariage. — Elle doit le précéder. — Elle ne peut se faire que dans le contrat de mariage lui-même. — Exception particulière à la coutume d'Auvergne : institution par contrat d'association universelle 103

§ 2. — Est-elle soumise à l'acceptation expresse et à l'insinuation ?

L'institution contractuelle est dispensée d'acceptation formelle. — Les auteurs se divisent sur la question de l'insinuation 109

SECTION II

Personnes pouvant figurer dans une institution contractuelle.

§ 1. — Qui peut faire une institution contractuelle ?

Doit-on exiger la capacité de tester ou celle de donner entre-vifs ? — Les époux peuvent-ils s'instituer entre eux ? — Condition des étrangers non naturalisés, des serfs, des

	Pages.
mainmortables, des bâtards, des fils de famille. — Dispositions particulières des coutumes du Maine et de l'Anjou.	113
§ 2. — Qui peut être institué contractuellement ?	
Incapacité des aubains, des individus frappés de mort civile, des bâtards. — Ayant des enfants d'un premier lit, peut-on instituer les enfants à naître d'un second mariage ? — Clauses d'association. — Substitutions. — Dispositions particulières à la Normandie : promesses de garder la succession.	117

SECTION III

<i>Sur quels biens peut porter l'institution contractuelle ?</i>	
Restrictions dues à la légitime et aux réserves coutumières.	124

SECTION IV

Effets de l'institution contractuelle.

§ 1. — Effets par rapport à l'instituant.	
Irrévocabilité de l'institution contractuelle.	129
I. Dispositions universelles. -- Interdiction de toute disposition entre-vifs ou testamentaire pouvant porter directement atteinte à l'institution. — Interdiction de faire une nouvelle institution en fraude de la première. — Peut-on grever l'institué, postérieurement à l'institution, d'une substitution fidéicommissaire au profit des enfants dudit institué ?	130
II. Dispositions à titre particulier. — Doctrine des pays coutumiers : l'instituant conserve tout droit de disposition à titre gratuit ou à titre onéreux. — Exception au cas de fraude. — Solution à donner en ce cas. — L'instituant peut limiter sa faculté de disposer. — Doctrine des pays de droit écrit : l'instituant ne peut disposer à titre gratuit ni à titre onéreux. — Exceptions au principe	136

§ 2. — Effets par rapport à l'institué.

I. L'institué n'a aucun droit du vivant de l'instituant. — A sa	
---	--

	Pages.
mort, il a les droits d'un héritier véritable. — Il a la saisine : conséquences. — Cependant, il peut renoncer. — Il peut également accepter sous bénéfice d'inventaire. — Exceptions à ce principe.	151
II. L'institué qui a accepté purement et simplement est-il tenu des dettes et charges de la succession <i>ultra vires hæreditatis</i> ? Peut-il diviser son institution?	160

SECTION V

Révocation et caducité des institutions contractuelles.

§ 1. — Causes de révocation.

I. Révocation pour cause d'inexécution des charges	166
II. Révocation pour cause d'ingratitude	168
III. Révocation pour cause de survenance d'enfants	172

§ 2. — Causes de caducité.

I. Non réalisation du mariage projeté	177
II. Renonciation de l'institué.	178
III. Prédécès de l'institué sans enfants. — A quel titre succèdent les enfants? L'institué doit-il nécessairement laisser des enfants du mariage en faveur duquel l'institution a été faite? — Questions accessoires. — Partage de la succession contractuelle entre les enfants de l'institué. — Faut-il admettre la représentation?	179
IV. Y a-t-il lieu à accroissement dans les institutions contractuelles?	193

SECTION VI

Clauses analogues à l'institution contractuelle.

§ 1. — Déclaration ou reconnaissance d'ainé et principal héritier.

Nature de la déclaration ou reconnaissance d'ainé et principal héritier. — Ses effets. — Questions accessoires. — Dispositions particulières à la Normandie : promesses de garder la succession	196
---	-----

§ 2. — Promesses d'égalité.

Nature des promesses d'égalité. — Différentes espèces. — Effets	206
---	-----

§ 3. — Promesses d'institution.

Nature des promesses d'institution. — Leurs effets . . .	208
--	-----

SECTION VII

Rôle de l'institution contractuelle dans le droit coutumier.

But et raison d'être de l'institution contractuelle : maintien des grandes familles. — Sa vogue dans l'ancien droit. — Son alliance intime avec les substitutions. — Ses résultats funestes.	209
--	-----

CHAPITRE IV

L'institution contractuelle pendant la période révolutionnaire.

I. Incompatibilité de l'institution contractuelle avec les principes révolutionnaires. — Suppression des droits d'aînesse et de masculinité. — Attaques contre le droit de tester. — Loi du 5 brumaire an II. — Loi du 17 nivôse an II. — Suppression complète de l'institution contractuelle. — Effet rétroactif	217
II. Réclamations soulevées au sujet de l'effet rétroactif de la loi de nivôse. — Pétitions. — Loi du 9 fructidor an III : l'effet rétroactif est supprimé. — Loi du 18 pluviôse an V. — Loi du 4 germinal an VIII : cette loi rétablit-elle les institutions contractuelles?	224

CHAPITRE V

L'institution contractuelle sous le code civil.

SECTION PRÉLIMINAIRE

I. Travaux préparatoires du code. — Commission législative. — Rédaction d'un projet de code civil. — Rétablissement des institutions contractuelles sous le nom de donations de biens à venir. — Leur raison d'être : faveur due aux mariages	237
II. Communication du projet au Tribunal de cassation et	

aux tribunaux d'appel. — Observations de ces tribunaux.	
— Modifications apportées au projet. — Communication au Conseil d'État : vote favorable. — Communication à la section de législation du Tribunat. — Modification à l'article 194. — Vote du projet au Tribunat et au Corps législatif. — Incorporation dans le code civil	240

SECTION I

Conditions de l'institution contractuelle.

Identité des donations de biens à venir et des institutions contractuelles	246
--	-----

§ 1. — Dans quelles formes peut-on instituer contractuellement?

La donation de biens à venir ne peut se faire que par contrat de mariage. — Elle en suit les vicissitudes. — Est-elle soumise à la formalité de la transcription ou de l'état estimatif?	248
--	-----

§ 2. — Sur quels biens peut porter l'institution contractuelle?

Étendue de l'institution. — Restrictions dues à la réserve. — Donations entre époux. — Réduction des libéralités excessives	251
---	-----

§ 3. — Quelles personnes peuvent figurer dans une institution contractuelle?

I. Qui peut faire une institution contractuelle? — Suffit-il d'être capable de tester? — La femme dotale peut-elle faire une institution contractuelle sur ses biens dotaux? — Capacité du mineur qui fait une donation de biens à venir à son conjoint par contrat de mariage	254
II. Quelles personnes peuvent être instituées contractuellement? — Présomption légale en faveur des enfants du mariage. — A quel titre sont-ils appelés? — Dispositions spéciales aux donations faites par l'un des époux à l'autre. — Partage de la succession contractuelle entre les enfants. — Questions accessoires. — Que faut-il entendre par enfants? — Clause d'association. — Sa nullité. — A qui profite la part de l'associé?	260

III. A quelle époque doit-on apprécier la capacité des personnes figurant dans une institution contractuelle? — <i>Quid</i> du donataire condamné à une peine afflictive perpétuelle? — <i>Quid</i> du donateur condamné à une peine du même genre? — <i>Quid</i> des condamnés à une peine afflictive ou infamante temporaire?	271
---	-----

§ 4. — Cas de nullité de l'institution contractuelle.

Institution contractuelle nulle pour défaut de formes. — Institution faite par un incapable. — Nullité absolue et nullité relative. — Prescription de l'action en nullité . .	275
---	-----

SECTION II

Effets de l'institution contractuelle.

§ 1. — Effets produits à l'égard de l'instituant.

L'instituant conserve le droit de disposer à titre onéreux. — Il ne peut y renoncer. — L'instituant ne peut plus disposer à titre gratuit, sauf pour sommes modiques. — Il lui est permis de se réserver des droits plus étendus . . .	278
--	-----

§ 2. — Effets produits à l'égard de l'institué.

I. Pendant la vie de l'instituant, l'institué n'a aucun droit. — Il ne peut attaquer les actes frauduleux de l'instituant — ni prendre des mesures conservatoires. — Il ne lui est pas permis de céder son droit ou d'y renoncer	287
II. A la mort de l'instituant, la succession contractuelle s'ouvre comme une succession ordinaire. — Elle est subordonnée à la survie des donataires. — Y a-t-il lieu à accroissement? — Faut-il admettre la représentation? — Différents partis que peut prendre l'institué. — A-t-il la saisine? — Vis-à-vis de l'institué, les actes frauduleux de l'instituant sont inexistantes. — Dans quelles limites l'institué est-il tenu des charges de la succession?	291

SECTION III

Révocation et caducité de l'institution contractuelle.

§ 1. — Causes de révocation.

I. Révocation pour cause d'inexécution des charges.	309
II. Révocation pour cause d'ingratitude	309
III. Révocation pour cause de survenance d'enfant	314

§ 2. — Causes de caducité.

I. Non réalisation du mariage projeté	316
II. Annulation du mariage	317
III. Prédéces des institués	318
IV. Renonciation des institués	318
V. Effets de la caducité	319

SECTION IV

Promesses d'égalité.

Les promesses d'égalité sont-elles licites dans notre législation actuelle? — Leurs effets.	320
---	-----

SECTION V

Rôle de l'institution contractuelle dans le droit moderne.

L'institution contractuelle a été conservée dans le code pour favoriser les mariages. — Ses avantages. — Ses inconvénients. — Sa disparition progressive	324
--	-----

ERRATA

- Page 30, note 1, ligne 2, *au lieu de* hac est, *lire* hoc est.
- 31, ligne 23, *au lieu de* Theodorus, *lire* Theodoricus.
 - 46, ligne 19, *au lieu de* sine vir, *lire* sive vir.
 - 53, ligne 17, *au lieu de* portant, *lire* partant.
 - 61, note 1, ligne 11, *au lieu de* acolabas, *lire* acolabus.
 - 68, note 3, ligne 10, *au lieu de* Andegavenis, *lire* Andegavensis.
 - 77, ligne 1, *au lieu de* mi honoris, *lire* sui honoris.
 - 77, note 1, ligne 1, *au lieu de* Inst. de Bretagne, *lire* Hist. de Bretagne.
 - 79, ligne 16, *au lieu de* totem terram, *lire* totam terram.
 - 87, note 1, ligne 12, *au lieu de* Eustschii, *lire* Eustachii.



